

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA**  
**MESTRADO EM CIÊNCIAS JURÍDICO - CRIMINAIS**  
**DIREITO PENAL**



**FACULDADE DE DIREITO**  
**Universidade de Lisboa**

**A RELEVÂNCIA JURÍDICO PENAL DO TESTAMENTO VITAL NOS TRATAMENTOS  
E INTERVENÇÕES MÉDICAS**

**RELATÓRIO DE MESTRADO**

**Ana Filipa Rodrigues Marques Dé**

**Lisboa**

**2015**

**Ana Filipa Rodrigues Marques Dé**

**A relevância jurídico penal do testamento vital nos tratamentos e intervenções médicas**

Dissertação orientada pelo Senhor Professor Doutor Augusto Silva Dias.

Lisboa, 2015.

## **RESUMO:**

As diretivas antecipadas de vontade são instruções elaboradas antecipadamente por um indivíduo relativamente a tratamentos médicos que deseja aceitar ou recusar se, num momento futuro, se encontrar incapaz de decidir por si e para si.

O presente manuscrito visa clarificar o regime de eficácia destes mecanismos de manifestação de vontade pessoal e interpretar o ilícito previsto e punido pelo artigo 156.º, do Código Penal referente ao crime de intervenções e tratamentos médico - cirúrgicos arbitrários.

Para o efeito, tomar-se-á como guia normativo a lei 25/2012, de 16 de julho e ter-se-á em conta a doutrina do consentimento informado e as soluções encontradas noutros ordenamentos jurídicos.

## **ABSTRACT:**

Advance directive wills are instructions prepared in advance regarding medical treatments that a person intends to accept or decline, if they ever became unable to carry out their own decisions.

The following manuscript intends to clarify the legal framework of these personal will mechanisms and interpret the crime stipulated on article 156.º, of the Penal Code regarding the arbitrary medical interventions.

With these purposes in mind we will follow the law number 25/2012, of the 16th of July, the informed consent doctrine and the legal solutions found in other legal systems.

## **PALAVRAS - CHAVE**

Testamento vital, autodeterminação, consentimento informado, autonomia prospetiva.

## **KEY WORDS**

Living will, self - determination, informed consent, prospective autonomy.

*Para o meu avô.*

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>1</b>
<b>1. A LEI 25/2012, de 16 de Julho .....</b>	<b>9</b>
<b>2. A EFICÁCIA DAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO PANORAMA INTERNACIONAL .....</b>	<b>15</b>
<i>2.1 O regime de eficácia das diretivas antecipadas de vontade no direito europeu .....</i>	<i>16</i>
<i>2.1.1 Holanda .....</i>	<i>16</i>
<i>2.1.2 Bélgica .....</i>	<i>17</i>
<i>2.1.3 Suíça .....</i>	<i>17</i>
<i>2.1.4 Alemanha .....</i>	<i>18</i>
<i>2.1.5 França .....</i>	<i>19</i>
<i>2.1.6 Áustria .....</i>	<i>20</i>
<i>2.1.7 Itália .....</i>	<i>21</i>
<i>2.1.8 Espanha .....</i>	<i>22</i>
<i>2.2 Direito Europeu - breve sinopse .....</i>	<i>23</i>
<i>2.3 O regime de eficácia das diretivas antecipadas de vontade no direito anglo- saxónico .....</i>	<i>28</i>
<i>2.3.1 Reino Unido .....</i>	<i>28</i>
<i>2.3.2 Estados Unidos da América .....</i>	<i>29</i>
<b>3. AS TRÊS VERTENTES DO CONSENTIMENTO .....</b>	<b>35</b>
<i>3.1 O consentimento efetivo .....</i>	<i>36</i>
<i>3.2 O consentimento presumido .....</i>	<i>45</i>
<i>3.2.1 O papel do testamento vital no consentimento presumido .....</i>	<i>48</i>
<i>3.3 O consentimento antecipado .....</i>	<i>49</i>
<b>4. O REGIME DE EFICÁCIA DO CONSENTIMENTO ANTECIPADO .....</b>	<b>55</b>
<i>4.1 O dever de esclarecimento .....</i>	<i>55</i>
<i>4.2 A atualidade .....</i>	<i>60</i>
<b>5. QUID JURIS? .....</b>	<b>63</b>
<b>6. O PRINCÍPIO DA AUTONOMIA PROSPETIVA .....</b>	<b>67</b>
<b>7. O ARTIGO 156.º, DO CÓDIGO PENAL .....</b>	<b>71</b>
<b>CONCLUSÕES .....</b>	<b>72</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>75</b>

## Introdução

O progresso científico e tecnológico, a melhoria da alimentação, da higiene e das condições de vida em geral<sup>1</sup> conduziram a diversos melhoramentos na área da saúde.

Inicialmente dominada por crenças espirituais, pagãs e religiosas, a medicina girava em torno de intervenções verdadeiramente grotescas.

Com escassos conhecimentos sobre a anatomia humana, anestesia ou assepsia, a morte do paciente na sequência da intervenção terapêutica era frequente.

Só durante o Renascimento, com a tradução de diversos textos médicos árabes sobre a antiga medicina grega e islâmica, como o *Cânone da Medicina de Avicena* ou o *Cânone e o Corpo Hipocrático*, surgem os primeiros indícios da medicina científica.

Adquiridos conhecimentos essenciais para o desempenho de boas práticas médicas, ainda que inicialmente arcaicas, a ciência médica tornou-se mais eficaz e atualmente tem como objetivos primordiais promover capacidades funcionais, manter ou restabelecer um estado clínico normal, promover e melhorar a qualidade de vida - aliviando a dor e o sofrimento -, salvar e prolongar a vida - prevenindo a morte prematura -, ajudar o paciente a aceitar a sua situação de deficiência e promover o crescimento e desenvolvimento normal da criança<sup>2</sup>.

Para além da recente veia científica da medicina<sup>3</sup>, também a sua vertente ética é relativamente contemporânea; a preocupação com a moral médica teve o seu início com o código de conduta cristalizado no famoso Juramento de Hipócrates.

---

<sup>1</sup> “Scholars have posited three stages of medical development that countries go through, paralleling their economic development. In the first stage, when a country is in extreme poverty, most deaths occur in the home because people don’t have access to professional diagnosis and treatment. In the second stage, when a country’s economy develops and its people transistion to higher income levels, the greater resources make medical capacities more widely available (...) At the end of their life, they often die in the hospital (...) In the third stage, as a country’s income climbs to the highest levels, people have the means to become concerned about the quality of their lives, even in sickness, and death at home actually rise again”, cfr. GAWANDE, Atul, *Being Mortal - Medicine and What Matters in the End*, New York, Metropolitan Books, Henry Holt and Company, 2014, pp. 192.

<sup>2</sup> Cfr. ANTUNES, João Lobo, *A Nova Medicina*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, janeiro de 2012, pp. 13 e 14.

<sup>3</sup> “ (...) Lewis Thomas (...) chamou-lhe *The youngest science*, argumentando que a medicina fora a última a juntar-se às ciências da natureza e, ainda num passado não muito remoto, o fundamento científico da sua intervenção era demolidoramente frágil e a sua eficácia muito limitada” cfr. ANTUNES, João Lobo, *A Nova Medicina*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, janeiro de 2012, pp. 10.

Não sendo segura a sua autoria, os preceitos enunciados no referido documento mantêm hoje o mesmo sentido, embora com algumas alterações no que diz respeito ao aborto e à eutanásia.

Seguiram-se diversas sistematizações; o Código de Nuremberga (1947) que regulamentou a investigação com experimentação humana e introduziu o conceito de consentimento voluntário - indispensável para a prática de qualquer ato médico -, a Declaração de Helsínquia (1964) que distinguiu a investigação que tem o diagnóstico e o tratamento como objetivos primordiais, daquela de carácter exclusivamente científico, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano Face às Aplicações da Biologia e da Medicina (1997) que veio proibir qualquer intervenção cuja finalidade seja a de criar um ser humano geneticamente idêntico a outro, vivo ou morto, e a Declaração Universal da Bioética e Direitos Humanos (2005), responsável pela introdução do termo biomedicina.

É legítimo afirmar que a medicina percorreu um longo caminho desde a prática de atos médicos alicerçados na astrologia, alquimia, magia e outras ciências obscuras.

No que à relação médico - paciente concerne, as mudanças também foram muitas<sup>4</sup>.

A medicina adjetivada de paternalista, que permitia a prática de quaisquer atos de carácter terapêutico sobre o paciente, sem necessidade de requerer o seu consentimento, ou de lhe prestar quaisquer esclarecimentos<sup>5</sup>, vingou durante séculos e só barbaridades como as cometidas em solo europeu durante a II Guerra Mundial, nos Estados Unidos da América, mais concretamente no estado do Alabama, naquele que ficou conhecido como o *Tuskegee Syphilis*

---

<sup>4</sup> “ (...) different kinds of relationships that (...) clinicians, might have with (...) patients. The oldest, most traditional kind is a paternalistic relationship (...) the second type of relationship the authors termed “informative”. It’s the opposite of the paternalistic relationship. (...) this kind of relationship can work beautiful, especially when the choices are clear, the trade-offs are straightforward, and people have clear preferences” (...) neither type is what people desire. We want information and control, but we also want guidance”, cfr. GAWANDE, Atul, *Being Mortal - Medicine and What Matters in the End*, New York, Metropolitan Books, Henry Holt and Company, 2014, pp. 200 - 201.

<sup>5</sup> “Eu penso que há o direito de operar sempre, até contra vontade do doente. Penso e tenho-o feito (...) Por duas vezes no hospital fiz adormecer doentes contra a sua vontade, mantidos à força pelos seus vizinhos válidos”, cfr. proferido por Louis Faure, França, 1929.

*Experiment*<sup>6</sup>, ou no estado de Nova Iorque, no estabelecimento de ensino para crianças com atrasos mentais denominado *Willowbrook State School*<sup>7</sup>, conduziram ao seu fim.

Esta revolução de mentalidades, visível nos instrumentos internacionais supra referidos, teve também impacto no panorama nacional, sendo que o nosso legislador não deixou de se pronunciar relativamente ao primado da dignidade humana e autodeterminação do paciente<sup>8</sup>.

Atualmente, a Constituição da República Portuguesa (doravante, CRP), o Código Penal (de ora em diante, CP), o Código Deontológico dos Médicos (doravante, CDOM) e a Lei de Bases da Saúde<sup>9</sup> exigem o cumprimento do dever de esclarecimento por parte do profissional de saúde sobre o diagnóstico, índole, alcance, envergadura e possíveis consequências do ato médico indicado, bem como a obtenção do consentimento livre, consciente e esclarecido do paciente.

Assim, salvo as exceções legalmente previstas, qualquer ato terapêutico considerado necessário e efetuado de acordo com as *leges artis*, por pessoa legalmente autorizada, só será legítimo se consentido.

Logicamente, e uma vez que a tendência normal do ser humano é a sobrevivência e a prática de atos adequados a esse fim, o médico deverá assegurar-se de que o paciente foi devidamente informado e compreendeu o alcance e as consequências da sua decisão cumprindo,

---

<sup>6</sup> Estudo clínico levado a cabo pelo *U.S. Public Health Service*, entre 1932 e 1972, e que tinha como objetivo estudar a evolução natural da doença sífilis.

Para o efeito, os clínicos recorreram a homens negros em situação de extrema pobreza, garantindo-lhes alimentação e medicação.

Nenhum dos indivíduos foi informado do seu estado de saúde ou tratado com penicilina, mesmo depois de reconhecida a eficácia daquela substância no combate à doença; como consequência, e tendo em conta que nenhum dos indivíduos envolvidos na pesquisa foi sujeito a tratamento, muitos morreram de sífilis, 40 esposas contraíram a doença e 19 crianças nasceram com sífilis congénita.

Foi no rescaldo destes acontecimentos chocantes que surgiu o conhecido *Belmont Report* que introduziu a autonomia pessoal, a beneficência e a justiça como princípios basilares da pesquisa médica.

<sup>7</sup> Vide [http://en.wikipedia.org/wiki/Willowbrook\\_State\\_School](http://en.wikipedia.org/wiki/Willowbrook_State_School)

<sup>8</sup> “ (...) já ninguém hoje defende um modelo paternalista para a actuação médica (...) o cuidado que hoje se convoca, para o mundo da medicina, está longe de poder ser exclusivamente percebido como o cuidado da exasperada conservação da vida (...) o que alterou substancialmente o sentido do acto médico foi a introdução, dentro da relação doente / médico, da ideia forte da autodeterminação do doente. Este deixou de ser entendido (...) como um sujeito meramente passivo (...) para passar a ser um detentor de direito (...) ao modelo paternalista sucede-se, em tempo de realização acelerada, o modelo de autonomia”, cfr. COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 792.

<sup>9</sup> Entre os diplomas nacionais referentes a direitos e deveres dos pacientes, destacamos ainda a Lei de Proteção de Dados Pessoais e a Lei de Informação Genética e Informação de Saúde.



desta forma, o dever de esclarecimento<sup>10</sup> a que está vinculado pelos artigos 157.º, do CP e 44.º, do CDOM.

Ainda no plano nacional, é de destacar a Carta dos Direitos e Deveres dos Utentes<sup>11</sup>, que apesar de não ter força vinculativa, “tem o mérito de elencar de forma compreensiva os fundamentais traços constitutivos da relação médico - paciente” e sintetizar de forma adequada “os direitos e deveres dos pacientes, os quais estão consagrados no direito vigente”<sup>12</sup>.

De entre os direitos atribuídos aos pacientes sublinhamos o respeito pela dignidade humana, convicções culturais, filosóficas e religiosas, o direito a cuidados apropriados ao estado de saúde, à prestação de cuidados continuados, à informação sobre os serviços de saúde disponíveis, à livre escolha do médico, à documentação clínica (e ao seu acesso), à informação e ao consentimento livre e esclarecido.

Para além de direitos, os pacientes são também titulares de deveres que têm como objetivo manter o equilíbrio na relação médico - paciente; a título de exemplo, referimos o dever de fornecer aos profissionais de saúde todas as informações relevantes para a obtenção de um correto diagnóstico e adequada terapêutica.

O respeito pelos “mais básicos direitos fundamentais do paciente, enquanto pessoa titular do direito à autodeterminação pessoal e do poder de decidir matérias atinentes ao seu corpo, saúde e mesmo vida”<sup>13</sup>, parece isento de dúvidas.

---

<sup>10</sup> “A informação deve ser, clinicamente, individual, no sentido de que o esclarecimento terá que adequar-se a cada acto médico (...), mostrar-se “ajuizada para o estágio de evolução do caso (...), pautar-se por aquele paciente em concreto, com a sua personalidade, motivações, formação educacional, espaço sócio-profissional e língua - mãe específicos (...) caberá ao médico certificar-se que aquele paciente em concreto foi devidamente esclarecido da totalidade dos dados que lhe permitam decidir de maneira informada e consciente”, cfr. MANSO, Luís Duarte Baptista, *O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré - Natal e Diagnóstico Genético Pré - Implantação*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 9, n.º 16, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2011, pp. 141.

<sup>11</sup> Disponível no endereço eletrónico <http://www.dgs.pt/pagina.aspx?screenwidth=1600&mlkid=d4upjqeqaxrtt45w45r4w45&cn=55065716AAAAAAAAAAAAAAAAAAAA>

<sup>12</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª edição, fevereiro de 2015, pp. 374.

<sup>13</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime das Intervenções Médico - Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, in [http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo\\_VLR\\_-\\_Do\\_Regime\\_das\\_Intervencoes\\_Medico-Cirurgicas\\_Arbitrarias\\_no\\_Codigo\\_Penal\\_Portugues\\_-Out2013-.pdf](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf).

No entanto, no que ao direito à informação e ao consentimento concerne, existem situações em que o paciente não pode ser esclarecido e/ou prestar o seu consentimento.

E enquanto em alguns desses casos é possível aguardar para esclarecer e obter a anuência da pessoa doente, noutros, a inércia do médico pode implicar perigo grave.

Compelido a agir nestes casos, e na impossibilidade de obtenção de um consentimento efetivo, o profissional de saúde tem de se fazer valer da vontade hipotética do paciente<sup>14</sup> recorrendo, para o efeito, ao testemunho de entes queridos, a escritos íntimos, gravações e outros meios suscetíveis de demonstrarem qual seria a decisão do paciente caso estivesse em condições de a expressar.

Face a inovações médicas - como mecanismos de hemodiálise, de controlo em grande escala da dor, de reanimação e de prolongamento da vida humana para além dos limites naturais - e alterações societárias - como o aumento do individualismo, da solidão, do abandono dos idosos e doentes - são cada vez mais os “sinistros, inconscientes, anónimos e sós, a necessitarem de intervenções médicas cuja legitimação se procura assegurar à sombra do consentimento presumido”<sup>15</sup>.

Atualmente morre-se em unidades hospitalares<sup>16</sup>, sem o conforto dos entes queridos, dependente de máquinas e profissionais de saúde; sob o ponto de vista emocional, o paciente consciente convive diariamente com a irreversível situação de proximidade da sua própria

---

<sup>14</sup> “(...) uma vez que o recurso à vontade presumida do interessado está sempre associada ao perigo de frustração da vontade real, não há nenhum espaço para a invocação do chamado consentimento presumido quando é possível esperar pela decisão daquele que (apenas) momentaneamente não a pode tomar”, cfr. FRISCH, Wolfgang, *Consentimento e Consentimento Presumido nas Intervenções Médico - Cirúrgicas* in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 14, n.os 1 e 2, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, janeiro - junho de 2014, pp. 67 e seguintes.

<sup>15</sup> Cfr. COSTA ANDRADE, Manuel da, *Consentimento em Direito Penal Médico - O Consentimento Presumido* in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 14, n.os 1 e 2, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, janeiro - junho de 2004, pp. 118.

<sup>16</sup> Cfr. <http://www.apcp.com.pt/uploads/portuguesereport2013v6.pdf>

morte<sup>17</sup> e o inconsciente é despojado de quaisquer vivências sócio - afetivas e do domínio dos aspetos mais íntimos do seu corpo<sup>18</sup>.

Situações que até há bem pouco tempo pareceriam saídas de um qualquer filme de ficção científica são agora comuns e, sem dúvida alguma, debilitantes do ponto de vista físico, emocional, psicológico e social.

Uma vez que a aceitação destas novas realidades depende dos interesses, valores e desejos pessoais, para que a individualidade de cada um seja respeitada, há que garantir o exercício de direitos, liberdades e garantias em contextos de terminalidade, de estado vegetativo persistente<sup>19</sup> <sup>20</sup> e de outras situações semelhantes como a demência<sup>21</sup>, associada, ou não, à doença de *Alzheimer*.

---

<sup>17</sup> “ (...) poor quality of life (“life is not worth living”), loss of control, not wanting to burden others, and a “readiness” to die (...) they don’t want to live beyond the point when life has no meaning for them (...) they don’t want to draw out their disability to the point where all they can do before death finally comes is to lie in bed all day, exposed to the cruel vicissitudes of physical decomposition (...) these “existencial” reasons for wanting to die reflect a dying patient’s beliefs and values acquired over a lifetime (...)”, cfr. PRESTON, Tom, *Patient - Directed Dying - A Call for Legalized Aid in Dying for The Terminally Ill*, Universe Star, New York Lincoln Shangai, 2007, pp. 21.

<sup>18</sup> “ (...) O morrer, por seu turno, está cada vez mais hospitalizado, institucionalizado e desumanizado. Já não se morre mais no lar, em família. Esse acto último da vida é travado em batalha com e contra máquinas e baterias de medicação, que tornam o sujeito algo indefeso perante o instrumentário terapêutico que lhe é proposto ou mesmo imposto. Fala-se na desapropriação do moribundo da sua própria morte”, cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Valor do Consentimento num Estado Terminal*, in Estudos de Direito da Bioética, vol. IV, coordenação Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Coimbra, APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Almedina, abril de 2012, pp. 39.

<sup>19</sup> “ (...) a pessoa em Estado Vegetativo Persistente guarda em qualquer circunstância a dignidade intrínseca ao ser humano, que é (...) não tem possibilidade de tomar actualmente decisões sobre a sua saúde, designadamente sobre o início ou a suspensão de tratamento e de suporte vital”, cfr. *Parecer n.º 45 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o Estado Vegetativo Persistente* de fevereiro de 2005, disponível em [www.cnecev.pt](http://www.cnecev.pt).

<sup>20</sup> Cfr. [http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1273055807\\_P045\\_RelatorioEVP.pdf](http://www.cnecev.pt/admin/files/data/docs/1273055807_P045_RelatorioEVP.pdf)

<sup>21</sup> Vide <http://alzheimerportugal.org/pt/demencia>

Neste sentido, e tendo em conta o atual quadro legislativo e respetivas interpretações doutrinárias, preocupa-nos a clarificação do regime de eficácia jurídico - penal das instruções prévias <sup>22 23</sup> em matéria de cuidados de saúde.

Com esse intuito, teremos em conta o conceito de ato médico providenciado pelo legislador nacional no artigo 150.º, n.º 1, do CP, que acompanhando a definição da Organização Mundial de Saúde (doravante, OMS)<sup>24</sup>, destaca as práticas que de acordo com os conhecimentos médicos são indicadas para prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal.

Esta definição, inexistente em outros ordenamentos jurídicos do mesmo espaço económico, social e cultural, coloca os atos médicos prosseguidos segundo as *leges artis* fora do espaço de tutela típica das ofensas corporais e do homicídio<sup>25</sup>.

O n.º 2, do supracitado artigo 150.º, do CP, prevê um crime específico, levado a cabo por médico ou outra pessoa legalmente autorizada.

---

<sup>22</sup> Cfr. KENIS, Yvon, “*Directivas Antecipadas*” in Nova Enciclopédia da Bioética, coordenação Gilbert Hottois e Jean-Noel Missa, tradução por Maria Carvalho, Lisboa, Instituto Piaget, 2003, pp. 235.

<sup>23</sup> “ (...) self-determination remains an important value “even when (the patient) is no longer able to assert that right or to appreciate its effectuation. Respect for self-determination honors the intrinsic human worth of persons. To disregard the patient’s prior wishes is to violate the patient’s intrinsic worth, even if the patient is not aware that his or her prior wishes are being ignored. To hold otherwise would be to “permit obliteration of an incompetent’s panoply of rights merely because the patient could no longer sense the violation of those rights”, cfr. OLICK, Robert S., *Taking Advance Directives Seriously Prospective Autonomy and Decisions Near the End of Life*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2001, pp. 13.

<sup>24</sup> Cfr. [http://www.apcp.com.pt/uploads/Recomendacoes\\_Organizacao\\_de\\_Servicos.pdf](http://www.apcp.com.pt/uploads/Recomendacoes_Organizacao_de_Servicos.pdf).

<sup>25</sup> A título de curiosidade, referimos o ordenamento jurídico alemão, em que as intervenções médicas prosseguidas segundo as *leges artis* representam sempre a prática do crime de ofensa à integridade física, justificado apenas pelo consentimento válido do paciente.

A doutrina germânica tem criticado fortemente esta solução que não tem em conta o valor social da profissão médica, entendendo que a justificação deveria fundar-se na intenção terapêutica da intervenção médica.

No entanto, também esta posição pode ser alvo de críticas, porque atualmente a medicina não está limitada à sua natureza terapêutica, como é visível na medicina cirúrgica com componente estética, na fertilização *in vitro* ou até mesmo na experimentação pura.

Assim, alguma doutrina tem entendido estar em causa a lesão da autonomia do paciente sempre que o seu consentimento seja inexistente ou inválido, independentemente da intenção terapêutica.

A sua tipologia objetiva pressupõe uma intervenção terapêutica, com infração das *leges artis* e perigo efetivo para a vida ou integridade física do paciente e o seu tipo subjetivo, o comportamento terapêutico com violação das *leges artis* e respetivo resultado<sup>26</sup>.

Fora das situações suscetíveis de consubstanciarem a prática do ilícito previsto e punido pelo artigo 150.º, n.º 2, do CP, os profissionais de saúde podem ser punidos disciplinarmente, pelos seus próprios pares, e criminalmente, no âmbito dos artigos 156.º e 284.º, ambos do CP.

A nós interessa-nos, em especial, o artigo 156.º, do CP.

Antes de prosseguirmos, convém esclarecer que não nos propomos versar sobre as questões mais apaixonadas e comumente ligadas às ciências da medicina como a eutanásia ou o suicídio assistido.

No entanto, não podemos deixar de sublinhar que tais atos não são admitidos no nosso ordenamento jurídico, consequência de disposições constitucionais (artigo 24.º, da CRP), penais (artigos 131.º a 138.º, do CP) e ordinárias - a própria lei 25/2012 exclui expressamente a validade de manifestações antecipadas de vontade cujo cumprimento conduza à morte “não natural e evitável”, como prevista pelos artigos 134.º e 135.º, ambos do CP.

A revolução das ciências médicas e o seu abismal contributo para o prolongamento da vida e adiamento da morte, exigem do Direito a criação de respostas para situações que até há bem pouco tempo eram inverosímeis.

Assim, e tendo em conta a posição do legislador nacional relativamente a atos de eutanásia e suicídio assistido, tentaremos contribuir para o estudo e análise da eficácia jurídico - penal das manifestações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde.

Tomando-se o referente da autodeterminação da pessoa como ponto basilar de toda a investigação, delinearemos um critério funcional que permitirá equiparar ou afastar o valor

---

<sup>26</sup> Neste sentido, SILVA DIAS, Augusto, *Materiais para o Estudo da Parte Especial do Direito Penal - Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito, 2.ª edição, revista e atualizada, 2007, pp. 114.

jurídico do consentimento atual ao manifestado previamente recorrendo, para o efeito, à lei 25/2012, de 16 de julho e às soluções apresentadas noutros ordenamentos jurídicos - não esquecendo aquelas que consideramos serem as três vertentes do consentimento - efetivo, presumido e antecipado.

Determinado o regime de eficácia das manifestações antecipadas de vontade, pronunciar-nos-emos sobre a influência das mesmas na interpretação do artigo 156.º, do CP.

Muito ficará por analisar, é certo, mas a amplitude e complexidade das referidas questões impede-nos de as integrar no presente manuscrito.

Com este nosso trabalho, não temos a irreal pretensão de esgotar a discussão - que se adivinha ainda muito intensa - mas apenas dirimir algumas das incertezas que teimam em persistir e, sobretudo, clarificar as nossas próprias dúvidas sobre uma questão que nos é muito próxima.

## **1. A lei 25/2012, de 16 de julho**

As manifestações prospetivas de vontade, previamente à publicação da lei 25/2012, de 16 de Julho, tinham já expressão no ordenamento jurídico português, através dos artigos 9.º, da Convenção de Oviedo e 8.º, da CRP.

O referido artigo 9.º propugna que a vontade anteriormente manifestada pelo paciente deve ser tida em conta, sempre que este não se encontre em condições de a expressar.

O conceito de manifestação antecipada de vontade surgiu associado a casos de pacientes em estados terminal ou vegetativo persistente, à eutanásia e ao encarniçamento terapêutico<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> “ (...) a renúncia ou a interrupção de tratamentos fúteis ou manifestamente desproporcionados, sendo que a sua continuação se traduz naquilo que se chama, impropriamente, “encarniçamento ou obstinação terapêutica” não deve ser considerado “um caso de eutanásia em sentido próprio” e “a não cessação de tratamentos médicos corresponde a má prática médica, ficando os enfermos, não raro, como que pendurados entre a vida e a morte (...)”, cfr. LOUREIRO, João Carlos, *Os Rostos de Job: Tecnociência, Direito, Sofrimento e Vida*, in Boletim da Faculdade de Direito, n.º 80, 2004, pp. 162 e 163.

Como já tivemos oportunidade de referir, o ordenamento jurídico português condena a prática de crimes de homicídio a pedido da vítima ou auxílio ao suicídio em quaisquer circunstâncias, pelo que dado o pragmatismo do nosso legislador, não nos alongaremos mais sobre esta questão.

Também a comunidade médica nacional segue neste sentido<sup>28</sup>, alicerçado nos princípios da beneficência, da solidariedade e do altruísmo que caracterizam a atividade clínica e cujas raízes ancestrais procedem da herança hipocrática.

O processo legislativo que nos interessa expor teve início em 2006, quando a Associação Portuguesa de Bioética (de ora em diante, APB) apresentou à Assembleia da República o projeto de diploma n.º P/06/APB/06<sup>29</sup> que visava regular o exercício do direito a formular diretivas antecipadas de vontade no âmbito da prestação de cuidados de saúde e criar o correspondente registo nacional.

A este seguiram-se outros projetos, como o n.º 788/X, de 21 de maio de 2009<sup>30</sup> que intitulado “direitos dos doentes à informação e ao consentimento informado” definiu o testamento vital como forma de antecipação de uma situação clínica<sup>31</sup>.

Entre as críticas apontadas a este projeto de lei, destacamos as “fortes restrições” impostas ao carácter vinculativo das diretivas antecipadas - que legitimam quaisquer dúvidas “quanto ao seu real alcance e exequibilidade”<sup>32</sup>-, porque apesar de representar um passo positivo numa matéria que há muito carecia de resposta legal, a comumente designada lei do

---

<sup>28</sup> Cfr. artigos 31.º, 35.º, 57.º, n.º 2, 58.º e 59.º, todos do CDOM.

<sup>29</sup> Disponível para consulta em <http://www.apbioetica.org/>

<sup>30</sup> Debatido e votado a 28 de Maio de 2009, este projeto de lei foi aprovado na generalidade com votos favoráveis do Partido Socialista e do Partido Comunista Português, abstenção do Bloco de Esquerda e votos contra do Partido Social Democrata e do Centro Democrático Social, cfr. SANTOS, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital O que é? Como elaborá-lo?*, Porto, Sextante Editora, 2011, pp. 169.

<sup>31</sup> O projeto de lei 788/X não foi a única iniciativa deste género; em 2006, a Associação Portuguesa de Bioética aprovou o projeto de diploma n.º P/06/APB/06 e, em 2009, o projeto de diploma n.º P/06/APB/09, com o intuito de regular o exercício do direito a formular DAV's no âmbito da prestação de cuidados de saúde e a criação do registo nacional.

<sup>32</sup> OSSWALD, Walter, “Testamento vital” *Perspectiva Médica, Consentimento Informado, Declarações Antecipadas de Vontade, Procuradoria de Cuidados de Saúde, Acesso ao Processo Clínico, um Projecto de Lei estilo “Cavalo de Tróia”* in Brotéria 5/6 Cristianismo e Cultura, volume 168, maio/junho 2009, pp. 429 e seguintes.

testamento vital também deixou por esclarecer, de forma clara e precisa, o real alcance e exequibilidade destes documentos.

A lei 25/2012 estabelece o regime das diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, designadamente sob a forma de testamento vital<sup>33</sup>, regula a nomeação de procurador de cuidados de saúde e cria o Registo Nacional do Testamento Vital (RENTEV).

Pelo texto legal, é possível deduzir que existem dois tipos de diretivas antecipadas, o testamento vital<sup>34</sup> que possibilita ao seu outorgante a definição estruturada dos cuidados de saúde que deseja usufruir ou repudiar em caso de incapacidade, e o documento de nomeação de procurador de cuidados de saúde.

O RENTEV, regulamentado pela portaria 96/2014, de 5 de maio, tem a seu cargo a manutenção de informação relativa a testamentos vitais e documentos de nomeação de procuradores de cuidados de saúde.

Por relevante para o nosso estudo, focaremos a nossa atenção no testamento vital propriamente dito, deixando de lado o documento de nomeação de procurador de cuidados de saúde - embora reconheçamos a importância vital do mesmo em caso de dúvidas referentes à interpretação da vontade do paciente que, mor da sua incapacidade, designaremos de silencioso.

De acordo com os artigos 2.º, n.º 1, 3.º, n.º 1 e 4.º, todos da lei 25/2012, as diretivas antecipadas deverão ser formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente, por pessoa maior e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica,

---

<sup>33</sup> A Associação Portuguesa de Bioética define o *Living Will* como o “documento no qual uma pessoa maior de idade e com plena capacidade de exercício de direito: a) manifesta antecipadamente a sua vontade séria, livre e esclarecida no que concerne aos cuidados de saúde que deseja ou não receber no futuro, no caso de, por qualquer causa, se encontrar incapaz de expressar pessoal e autonomamente, ou (poderá obviamente, ser e/ou) b) atribui a outra(s) pessoa(s), voluntariamente, poderes representativos em matéria de cuidados de saúde para que aquela(s) os exerça(m) no caso de se encontrar incapaz de expressar pessoal e autonomamente a sua vontade”, vide ROGÉRIO, Joaquim Sabino, “*Living Will*” - *Reflexão Sobre o que se Discute e se Propõe. Enfoque Jurídico - Penal in Lex Medicinae*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 5, n.º 10, Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 115.

<sup>34</sup> “Impropriamente chamados (...) porque de nenhum testamento se trata: o testamento só valeria depois da morte, enquanto que esta vontade é expressa para operar ainda em vida, em situações de terminalidade ou quando uma manifestação de vontade não for efectivamente possível” ASCENSÃO, José de Oliveira, *A terminalidade da vida*, in Estudos de Direito da Bioética, vol. IV, coordenação Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Edições Almedina, S.A., 2012, pp. 166.



capaz de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido, perante funcionário devidamente habilitado do RENTEV ou notário.

Enquanto negócio jurídico de carácter unilateral<sup>35</sup>, as diretivas antecipadas de vontade estariam sujeitas ao regime geral dos artigos 219.º e 220.º, ambos do Código Civil (doravante, CC) no que à forma e aos efeitos da sua inobservância concerne.

Porém, o legislador optou por excluir a regra da liberdade de forma constante do artigo 219.º, do CC, sublinhando a importância dos bens jurídicos em causa e favorecendo a ponderação e maturação da manifestação de vontade<sup>36</sup>.

Cremos que a exigência de forma, com assinatura presencial perante funcionário do RENTEV ou notário, beneficia o carácter formal, esclarecido e ponderado da decisão, para além de assegurar a capacidade e liberdade do outorgante.

Note-se, que em coerência com o regime do consentimento disposto no artigo 5.º da Convenção de Oviedo, as diretivas são livremente revogáveis a qualquer momento e sem qualquer imposição formal.

Como forma de simplificação do processo, o outorgante pode optar por aceder eletronicamente ao Portal do Utente<sup>37</sup>, descarregar o formulário com o modelo de diretiva<sup>38</sup>, preencher e entregar no agrupamento de centros de saúde da sua área de residência<sup>39</sup>.

Embora não seja este o núcleo da nossa investigação, não podemos deixar de manifestar o nosso desagrado face a esta alternativa.

---

<sup>35</sup> Vide MONGE, Cláudia, *Das Directivas Antecipadas de Vontade*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pp. 129.

<sup>36</sup> Cfr. MONGE, Cláudia, *Das Directivas Antecipadas de Vontade*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pp. 130.

<sup>37</sup> <https://servicos.min-saude.pt/utente/portal/paginas/default.aspx>.

<sup>38</sup> Cfr. Portarias números 96/2014, de 5 de maio e 104/2014, de 15 de maio.

<sup>39</sup> Cfr. [http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/informacoes+uteis/testamento+vital/testamento+vital.htm?WBCMODE=authoringreedit%3fwbc\\_purpose%3dbasic%3fnpn](http://www.portaldasaude.pt/portal/conteudos/informacoes+uteis/testamento+vital/testamento+vital.htm?WBCMODE=authoringreedit%3fwbc_purpose%3dbasic%3fnpn).

O relevo dos bens jurídicos em causa justifica a criação de um “formulário” pessoal, apenas possível se efetuado perante funcionário habilitado para o efeito, como aliás é exigido pelo n.º 1, do artigo 3.º, da lei 25/2012.

Cremos que o Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida (de ora em diante, CNECV) partilha da nossa opinião; no parecer n.º 59/CNECV/2010<sup>40</sup> entendeu não existirem “formulários ou guiões que possam prever todas as eventualidades, e que a expressão da vontade real nesses formulários ou guiões pode ser limitada” sugerindo que as diretivas antecipadas sejam feitas “em texto livre”.

Contrariamente ao esperado, o legislador não limitou o testamento vital a estados terminal ou vegetativo persistente, considerando outras situações clínicas em que o paciente, por qualquer motivo, se encontre em situação de incapacidade<sup>41</sup> (artigo 2.º, n.º 1).

As diretivas serão válidas se conformes com a lei e a ordem pública, e o seu cumprimento não deverá ser contrário às boas práticas (artigo 5.º) algo que, salvo melhor opinião, já decorria do artigo 280.º, do CC.

O documento é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura (artigo 7.º) o que pode ser considerado um prazo excessivamente longo; recorde-se que o P/06/APB/06 da APB previa um prazo de eficácia de três anos<sup>42</sup>.

O legislador sublinhou que ninguém pode ser discriminado no acesso a cuidados de saúde ou na subscrição de um contrato de seguro em virtude de ter ou não outorgado um

---

<sup>40</sup> Disponível em [www.cnecv.pt](http://www.cnecv.pt)

<sup>41</sup> Cfr. MONGE, Cláudia, *As Directivas Antecipadas de Vontade*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pp. 28.

<sup>42</sup> *Vide* NUNES, Rui / MELO, Helena Pereira de, *Testamento Vital*, Lisboa, Almedina, pp. 213. Em sentido contrário, o CNECV, no seu parecer n.º 59 sobre os projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade, recomendou a atualização das declarações de cinco em cinco anos, posição que veio a ser adotada pelo legislador nacional na lei 25/2012.

documento de diretivas antecipadas (artigo 10.º) e assegurou o direito à objeção de consciência<sup>43</sup> dos profissionais de saúde envolvidos no cumprimento de diretivas antecipadas (artigo 9.º)<sup>44</sup>.

Relativamente ao regime de eficácia das diretivas, o legislador preconizou que se o documento constar do RENTEV ou for do conhecimento da equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde, o seu conteúdo deve ser respeitado, sem prejuízo do disposto nos artigos 5.º e 6.º, n.º 2, da lei 25/2012.

Esta disposição é pouco clara<sup>45</sup> e tem permitido a defesa de duas interpretações contraditórias; de um lado, estão aqueles que defendem a eficácia vinculativa das diretivas antecipadas, e do outro, os que propugnam por um regime de eficácia meramente indicativo.

O próprio CNECV manifestou dúvidas no que ao grau de eficácia das ditas diretivas diz respeito, tendo emanado dois pareceres relevantes (e contraditórios).

No parecer 45/CNECV/2005<sup>46</sup>, sobre o estado vegetativo persistente, concluiu que o profissional de saúde pode, em tais casos, suspender o tratamento, caso conclua ser essa a vontade do paciente “expressa, presumida ou manifestada por pessoa de confiança previamente designada (...)”<sup>47</sup>.

---

<sup>43</sup> A objeção de consciência não deve ser invocada em casos considerados urgentes sob pena de consubstanciar a prática de um crime de recusa de médico, previsto e punido pelo artigo 284.º, do CP.

<sup>44</sup> No que à objeção de consciência concerne, o CNECV entendeu no seu parecer n.º 59, referente aos projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade, que este instrumento só pode ser invocado “caso a caso, com incidência expressa em cada uma das disposições das declarações antecipadas de vontade” e sublinhou, que perante estes casos, a pessoa doente deve ser encaminhada, em tempo útil, para outro profissional de saúde.

<sup>45</sup> No seu parecer n.º 59 sobre os projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade, o CNECV sublinhou, e bem, a necessidade de clareza legislativa, nomeadamente quanto ao regime de eficácia das disposições. Relativamente às disposições de recusas de intervenções ou terapêuticas, o CNECV considerou que deveriam ter carácter vinculativo “desde que observados os requisitos de garantia da genuinidade da declaração”. No caso de pedidos de intervenções ou terapêuticas específicas, o CNECV entendeu que o seu cumprimento deveria ser ponderado com a necessidade de observância e respeito pelas leis em vigor, boas práticas clínicas e independência técnica dos próprios profissionais envolvidos, assim como a própria exequibilidade de pedido.

<sup>46</sup> Disponível in [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055770\\_P045\\_ParecerEVP\\_versaoFinal.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273055770_P045_ParecerEVP_versaoFinal.pdf).

<sup>47</sup> No mesmo sentido, os artigos 58.º, n.º 1 e 59.º, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos permitem a não submissão e/ou interrupção de meios extraordinários de manutenção de vida “contra a vontade do doente ou “nos casos irreversíveis de prognóstico seguramente fatal e próximo, quando da continuação de tais terapêuticas não resulte qualquer benefício” para o paciente.

No parecer 46/CNECV/2005<sup>48</sup>, sobre transfusão de sangue, seus componentes ou hemoderivados, o CNECV entendeu que o profissional de saúde não deve proceder à transfusão desde que seja essa a vontade do paciente - manifestada pelo próprio ou previamente expressa através de documento escrito, embora de valor meramente indicativo neste último caso.

Vera Lúcia Raposo<sup>49</sup> alerta, e cremos que corretamente, que as duas opiniões contraditórias manifestadas pelo CNECV relativamente à eficácia vinculativa (parecer 45/CNECV/2005) ou meramente indicativa (parecer 46/CNECV/2005) das diretivas antecipadas deve-se à disparidade das situações clínicas; enquanto no estado vegetativo persistente é pouco provável que o paciente recupere, as transfusões de sangue e respetivos derivados podem - e são - frequentemente - efetuadas em pacientes com “boas expetativas de recuperação e de manutenção de uma vida normal”<sup>50</sup>.

Ainda ensombrados por dúvidas, encetaremos esforços para fazer vingar aquela que consideramos ser a interpretação mais correta no que ao regime de eficácia das diretivas antecipadas concerne.

Posteriormente, discutiremos o impacto da nossa posição na interpretação e aplicação do artigo 156.º, do CP.

## **2. O regime de eficácia das diretivas antecipadas de vontade no panorama internacional**

A experiência ensinou-nos que na busca por esclarecimentos e soluções face um qualquer imbróglio jurídico, é desaconselhado descurar a legislação e doutrina estrangeiras; consequência de múltiplos fatores, é frequente que certas questões tenham já sido pensadas, debatidas e disciplinadas noutros ordenamentos jurídicos.

---

<sup>48</sup> Disponível in [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487\\_P046\\_ParecerTestemunhasJeova.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf).

<sup>49</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida*, in Revista do Ministério Público, janeiro/março, 2011, pp. 171 a 218.

<sup>50</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida*, in Revista do Ministério Público, janeiro/março, 2011, pp. 183.

No entanto, alguns dos espaços jurídicos a que iremos fazer referência possuem concepções bem mais liberais do que as nacionais - no que diz respeito à prática de homicídio a pedido e auxílio ao suicídio em contexto médico - o que, obviamente, terá consequências no respetivo regime de manifestações antecipadas de vontade.

## **2.1 O direito europeu**

### **2.1.1 Holanda**

Na Holanda, e já depois daquele que ficou celebrizado como o caso *Schoonheim* - em que um médico deu uma injeção letal a uma paciente de 95 anos de idade que se encontrava acamada, na sequência de uma anca fraturada, e que face à deterioração e estado de humilhação em que achava encontrar-se havia, de forma insistente, solicitado ao seu médico que pusesse fim à sua vida - foi aprovada a Lei de Terminação da Vida a Pedido e Suicídio Assistido, que entrou em vigor no dia 1 de abril de 2002.

Note-se que a Holanda foi pioneira no espaço europeu, tendo sido o primeiro país a permitir a eutanásia ativa direta.

Com a referida lei, os artigos 293.º e 294.º do CP holandês, referentes ao homicídio a pedido da vítima e à ajuda ou incitamento ao suicídio, foram alterados de forma a excluir a punição de atos suscetíveis de consubstanciarem a prática dos ilícitos em questão, quando executados por médicos.

Relativamente ao regime das diretivas antecipadas, os holandeses não dispõem de regulamentação própria, apenas breves referências na supracitada Lei de Terminação da Vida a Pedido e Suicídio Assistido e também na Lei dos Contratos de Tratamento Médico.

No entanto, tem-se entendido que as diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde são reconhecidas - e dotadas de carácter vinculativo - dentro do ordenamento jurídico em questão<sup>51</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas da Comparticipação em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, janeiro de 2015, pp. 273.

### **2.1.2 Bélgica**

Também a Bélgica, desde 28 de maio de 2002, tem uma lei referente à eutanásia ativa direta, permitindo a sua prática mediante determinados pressupostos que, para o desenvolvimento da questão que nos propusemos discutir, não nos interessa expor.

As disposições referentes a diretivas antecipadas estão consignadas na referida lei e permitem, tendo em conta a visão liberal do ordenamento jurídico, a solicitação prospetiva de eutanásia na eventualidade de uma doença acidental ou patológica considerada irreversível segundo os conhecimentos médicos.

### **2.1.3 Suíça**

O ordenamento helvético regula a eutanásia e o suicídio assistido nos artigos 114.º e 115.º do CP.

Quem provocar a morte de outrem por motivos piedosos e na sequência de pedido sério e instantâneo, será punido com pena de prisão ou multa; quem, por motivos egoístas, incitar outrem ao suicídio ou lhe prestar auxílio para esse fim, é igualmente punido com pena de prisão ou multa.

Note-se que o artigo 115.º sublinha que a punição só se verifica se o ato for cometido por motivos egoístas; tendo em conta que em cenários médicos os agentes são habitualmente movidos por compaixão e outros sentimentos nobres, é legítima a conclusão de que o ordenamento jurídico suíço não pune o auxílio ao suicídio em contexto clínico.

No que às diretivas antecipadas concerne, para além dos requisitos formais necessários à manifestação prospetiva em matéria de cuidados de saúde e nomeação de pessoa de confiança, a lei suíça estipula que o médico deverá respeitar o conteúdo das diretrizes do paciente, salvo se violarem normas legais, existirem sérias dúvidas de que expressem a vontade livre do seu signatário ou não corresponderem à sua vontade presumida face a situação concreta.

#### 2.1.4 Alemanha

A eutanásia - na sequência de atos verdadeiramente atrozes praticados por médicos sob o regime nazi - é um assunto particularmente sensível na Alemanha e, até ao momento, não dispõe de legislação específica.

O homicídio a pedido da vítima, mesmo em contexto médico, é ilícito e punível; os comportamentos suscetíveis de consubstanciarem a prática de um crime de auxílio ao suicídio não foram contemplados pelos legislador alemão.

Tem-se defendido que o auxílio ao suicídio, por não estar expressamente previsto pela lei germânica, não é punível; no contexto de uma relação médico - paciente, o profissional de saúde não pode participar ativamente no ato suicida do paciente, sendo que este último deve ser capaz de praticar o ato decisivo sozinho, como por exemplo ingerir uma qualquer solução medicamentosa.

No entanto, e apesar da componente negativa que as questões acerca do fim de vida assumem em todo o mundo, mas principalmente na Alemanha, em novembro de 2015, foi debatida nova lei sobre o auxílio ao suicídio prestado por um profissional de saúde que não será punido se tal prática não tiver qualquer intenção lucrativa<sup>52</sup>

No que às declarações antecipadas diz respeito, com a regulamentação do *Patientenverfugung* qualquer indivíduo, desde 1 de setembro de 2009, pode manifestar-se antecipadamente em matéria de cuidados de saúde e/ou nomear pessoa de confiança.

Exige-se que as diretivas antecipadas sejam redigidas por escrito, mas não é imposto qualquer prazo de validade ou consulta prévia para efeitos de esclarecimento.

---

<sup>52</sup> “ Former Justice Minister Brigitte Zypries said the measure “will open an era of great legal uncertainty” and will certainly be appealed to the Federal Constitutional Court. “When does a doctor behave in business fashion?” Zypries asked other lawmakers. “That is unclear” (...), cfr. [https://www.washingtonpost.com/world/europe/german-lawmakers-debate-assisted-suicide-regulation/2015/11/06/15ba843e-846b-11e5-8bd2-680ff868306\\_story.html](https://www.washingtonpost.com/world/europe/german-lawmakers-debate-assisted-suicide-regulation/2015/11/06/15ba843e-846b-11e5-8bd2-680ff868306_story.html)

Salvo se as disposições do *Patientenverfugung* não estiverem em consonância com as condições médicas e pessoais do paciente no momento presente ou violarem quaisquer disposições legais ou práticas médicas, o regime de eficácia daquelas será de caráter vinculativo.

### 2.1.5 França

O *Code Pénal* francês<sup>53</sup> considera o homicídio a pedido da vítima ilícito e a ajuda ao suicídio punível, sempre que a conduta do agente ultrapasse a mera indução.

De acordo com o *Code de La Santé Publique*, a estipulação antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde e a nomeação de um procurador de cuidados de saúde está ao dispor de qualquer indivíduo capaz, mas o regime de eficácia das diretivas é meramente indicativo.

Os franceses têm acompanhado o caso de Vincent Lambert, que na sequência de um acidente de viação ocorrido em 2008, ficou tetraplégico.

Em estado vegetativo persistente e com lesões cerebrais graves, o médico assistente de Vincent considerou cessar a alimentação e hidratação artificiais que o mantinham vivo<sup>54</sup>, mas na sequência de divergências entre os familiares do paciente, a questão acabou discutida nos tribunais franceses e no Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (de ora em diante, TEDH).

Vincent não outorgou qualquer *testament biologique*<sup>55</sup>, que apesar de dotado de eficácia meramente indicativa no ordenamento jurídico em questão, facilitaria o apuramento da sua vontade.

---

<sup>53</sup> “ In the French doctrine, one of the first trials regarding patient’s rights happened in 1942, and (...) deals with consent issues. The concept of *consentement éclairé* is widely spread in France, present in several laws (...) reinforcing the evidence and necessity of respecting the informed consent doctrine”, cfr. DANTAS, Eduardo, *How Informed Should Consent Be? A Brief Analysis on Consent and Autonomy Under the European Convention on Human Rights and Biomedicine*, in *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 9, n.º 17, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2012, pp. 54 e 55.

<sup>54</sup> Note-se que a decisão do médico, caso tivesse sido posta em prática, estaria legitimada pela lei *Léoneti*, uma vez que de acordo com o estado dos conhecimentos da medicina, a situação de Vincent é um exemplo de obstinação terapêutica.

<sup>55</sup> Neste sentido, <http://www.publico.pt/sociedade/noticia/caso-vincent-lambert-o-drama-de-ausencia-de-um-testamento-vital-1660959>.



Assim, e apesar dos tribunais franceses terem autorizado o fim da alimentação e hidratação artificiais por considerarem ser essa a vontade de Vincent caso estivesse capaz de a expressar, o TEDH contrariou a decisão<sup>56</sup>.

Recentemente, o TEDH alterou a sua posição, decidindo no mesmo sentido dos tribunais franceses<sup>57</sup>.

### **2.1.6 Áustria**

O ordenamento jurídico austríaco condena a prática de homicídio a pedido da vítima e auxílio ao suicídio e, desde 1 de junho de 2006, permite a elaboração do *Patientenverfügungsgesetz*.

De acordo com a regulamentação austríaca, é possível optar pelo regime de eficácia das diretivas.

Para que o regime da diretiva antecipada seja vinculativo, o outorgante deverá seguir um processo rigoroso, que exige o cumprimento do dever de esclarecimento por um profissional de saúde.

Uma vez que a eutanásia e o auxílio ao suicídio não são práticas admitidas no ordenamento jurídico em análise, os médicos austríacos apenas estão vinculados ao cumprimento de desígnios vinculativos do paciente referentes a terapêuticas que se limitem a mantê-lo vivo - e a outros não contrários à lei vigente ou às *leges artis*.

No que a diretivas de carácter indicativo concerne, caberá ao médico, com a colaboração do procurador de cuidados de saúde (caso exista) e dos entes queridos do paciente, tomar a decisão mais adequada aos melhores interesses do paciente, tendo em conta aquela que seria a sua vontade presumida e o respeito pela lei e dignidade da pessoa doente.

---

<sup>56</sup> Cfr. <http://www.telegraph.co.uk/news/worldnews/europe/france/10924423/European-court-tells-France-to-keep-paraplegic-on-life-support.html>

<sup>57</sup> Cfr. [https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire\\_Vincent\\_Lambert](https://fr.wikipedia.org/wiki/Affaire_Vincent_Lambert) e <http://www.dailymail.co.uk/news/article-3118654/Does-video-prove-brain-damaged-French-man-react-surroundings-Family-release-film-say-shows-man-centre-right-die-case-not-end-life.html>.

### 2.1.7 Itália

O ordenamento jurídico italiano pune o homicídio a pedido da vítima e o auxílio ao suicídio.

O testamento biológico não tem eficácia vinculativa e tem sido objeto de muitas críticas no seio da doutrina italiana por impedir a recusa antecipada de alimentação e hidratação artificiais colidindo, assim, com o princípio segundo o qual nenhum indivíduo pode ser forçado a receber tratamento médico<sup>58</sup>.

Note-se que a regulamentação desta figura jurídica surgiu no rescaldo da morte de Eluana Englaro, a jovem que na sequência de um acidente de viação ocorrido a 18 de janeiro de 1998, permaneceu em estado vegetativo persistente até 2009.

Junto das autoridades judiciais competentes, o progenitor de Eluana solicitou a suspensão do tubo de alimentação.

O requerimento foi inicialmente negado e só em 2008 é que os tribunais italianos autorizaram a suspensão dos mecanismos de alimentação e hidratação artificiais, que veio a ocorrer a 9 de fevereiro de 2009, data da morte de Eluana.

Outro caso conhecido, o de Piergiorgio Welby, também captou as atenções dos italianos.

Ainda na adolescência, Welby foi diagnosticado com distrofia muscular; em 2006, declarou publicamente não desejar ser submetido a nenhuma terapêutica com o propósito de o manter vivo e expressou o seu desejo de morrer.

A doença progrediu e em 1997 deixou de conseguir respirar sem ventilador e passou a ser alimentado e hidratado artificialmente.

---

<sup>58</sup> Cfr. <http://www.publico.pt/mundo/noticia/parlamento-italiano-aprova-testamento-vital-que-impede-a-recusa-de-alimentacao-1371090>

Welby veio a falecer em dezembro do mesmo ano, na sequência da administração de um sedativo.

A conduta do anestesista responsável pela sedação foi considerada legítima; sublinhe-se, novamente, que em Itália, tanto o homicídio a pedido da vítima como o auxílio ao suicídio são considerados atos ilícitos.

No entanto, o direito a dissentir - e Welby havia-o feito expressamente, de forma pública - está legitimado legalmente.

### **2.1.8 Espanha**

Também em Espanha o homicídio a pedido e o auxílio ao suicídio são comportamentos ilícitos.

No entanto, como já foi visto na análise de outros espaços jurídicos, também neste nada impede o paciente de recusar qualquer intervenção terapêutica, independentemente das consequências.

Tal entendimento decorre, não só dos instrumentos internacionais que já tivemos oportunidade de referir, mas também das próprias normas internas e entendimento consensual de que qualquer intervenção sobre o corpo de outrem só será legítima, se devidamente consentida.

As *instrucciones previas* estão regulamentadas na *ley 41/2002, de 14 de Noviembre* e deverão ser sempre cumpridas, salvo se desconformes com a lei<sup>59</sup> ou as *leges artis*, ou não

---

<sup>59</sup> “(...) no serán tenidas en cuenta las instrucciones previas que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado hubiera previsto cuando las emitió.”, cfr. LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina in *Testamento Vital Y Voluntad del Paciente (Conforme a la ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 121.

correspondam à situação de facto que o paciente estipulou aquando da sua manifestação antecipada de vontade<sup>60</sup>.

Apesar de anterior à regulamentação do regime das *instrucciones previas*, não podemos deixar de fazer referência ao caso de Ramón Sampederro, que na sequência de um acidente de mergulho ficou paralisado do pescoço para baixo.

Pescador de profissão, Ramón afirmou não desejar viver naquelas condições, por desconformes com os seus interesses, projeto de vida e conceito pessoal de dignidade.

Tentou, por diversas vezes, junto das autoridades competentes, que lhe fosse concedido o direito a pôr termo à vida.

Os seus pedidos foram sempre negados e Ramón acabou por falecer em Janeiro de 1998, após ingestão de cianeto.

Por não dizer diretamente respeito ao assunto que nos propusemos discutir, não vamos aqui analisar a legalidade do auxílio concedido a Ramón no seu ato final, mas apenas advertir, que na eventualidade de Ramón ser titular de um testamento vital em que solicitasse o fim da sua vida de forma ativa - caso se viesse a encontrar naquelas precisas condições - o seu pedido nunca poderia ser acatado por contrário à lei e às *leges artis*.

## **2.2 Direito Europeu - breve sinopse**

O périplo efetuado pelos ordenamentos jurídicos supra permite-nos identificar algumas orientações no que a cuidados médicos de indivíduos em situação de incapacidade diz respeito; e embora existam diferenças relativamente à admissibilidade legal da prática de atos de eutanásia ativa direta e auxílio ao suicídio, todos os ordenamentos jurídicos revistos reconhecem o testamento vital.

---

<sup>60</sup> “(...) es preciso tener muy presente que no siempre deberán seguirse necesariamente los deseos expresados con anterioridad, pues puede suceder que tales deseos se hayan expresado con mucha antelación y la ciencia haya avanzado desde entonces en tal medida que no exista fundamento para respetar la opinión del paciente (...)”, cfr. CANTERO MARTÍNEZ, Josefa in *La Autonomía del Paciente: Del Consentimiento Informado al Testamento Vital*, Espanha, Editorial Bomarzo, 2005, pp. 78.

Na Holanda e na Bélgica, onde reunidos determinados pressupostos<sup>61</sup> qualquer paciente pode solicitar a sua própria morte, as diretivas antecipadas de vontade são dotadas de eficácia vinculativa.

Pelo contrário, a Suíça e a Alemanha rejeitam a eutanásia ativa direta, mas admitem a prática de atos de auxílio ao suicídio e a outorga de testamentos vitais com eficácia vinculativa.

Os ordenamentos jurídicos francês e austríaco repugnam os atos de auxílio à morte em contexto médico e, enquanto o legislador francês consigna um regime de eficácia meramente indicativo para o testamento vital, o seu homónimo austríaco segue um caminho inovador, concedendo ao próprio outorgante o direito de seleccionar o regime de eficácia que mais lhe aprouver.

Os legisladores italiano e espanhol optaram, respetivamente, por um regime de eficácia indicativo e vinculativo.

Os países supra referidos foram participantes ativos da II Guerra Mundial; alguns viram os seus territórios destruídos e os seus nacionais sujeitos a tratamentos desumanos e, inclusive, a experiências supostamente científicas perpetradas por profissionais de saúde.

A título de exemplo, podemos fazer referência a diversos campos de concentração erigidos no interior dos ordenamentos jurídicos a que nos reportamos; o campo de concentração *Amersfoort*<sup>62</sup>, sito na Holanda e responsável pelo alojamento de prisioneiros que aguardavam transferência para outros campos de concentração, o campo de concentração *Fort Breendonk*<sup>63</sup>, sito em território belga e conhecido por albergar membros da resistência belga, dissidentes

---

<sup>61</sup> Devido ao carácter perpétuo da eutanásia, a sua prática está envolta em pressupostos muito restritos sendo necessária a comprovação por dois médicos do diagnóstico irreversível do paciente.

<sup>62</sup> Vide [https://en.wikipedia.org/wiki/Amersfoort\\_concentration\\_camp](https://en.wikipedia.org/wiki/Amersfoort_concentration_camp)

<sup>63</sup> Cfr. [https://en.wikipedia.org/wiki/Fort\\_Breendonk](https://en.wikipedia.org/wiki/Fort_Breendonk)

políticos e judeus, o infame campo de concentração de *Dachau*<sup>64 65</sup> onde diversos inimigos do regime nazi eram mantidos isolados, o campo de concentração *Mauthausen - Gusen*<sup>66</sup>, sito em território austríaco e amplamente conhecido por condições desumanas de trabalhos forçados e experiências científicas perpetradas em seres humanos por profissionais de saúde como Sigbert Ramsauer ou Karl Gross, o campo de concentração *Fort de Romainville*, erigido em França<sup>67 68</sup> com o objetivo de encarcerar elementos da resistência francesa e o *Campo di Fossoli*<sup>69</sup>, em Itália, onde diversos prisioneiros de guerra e judeus permaneceram detidos.

Estes e outros campos de concentração - cada um estabelecido com um propósito específico - albergavam atos de violência inarrável, condições de higiene e alimentação deficientes (que conduziam a diversos problemas de saúde), trabalhos forçados, tortura, experiências científicas em humanos e morte.

As experiências científicas possuem especial interesse para o desenvolvimento do tema a que nos propusemos e eram efetuadas de forma coerciva sobre os indivíduos encarcerados nos campos de concentração erigidos por toda a Europa.

Conhecidos os horrores perpetrados durante a II Guerra Mundial, as diversas autoridades envolvidas na reconstrução europeia sentiram necessidade de reforçar valores e princípios como a vida, a integridade física e moral, a autodeterminação e a dignidade humana.

A ciência médica não escapou incólume a estas remodelações; como já tivemos oportunidade de referir, foi no período pós guerra que a doutrina do consentimento sofreu o seu maior impulso.

---

<sup>64</sup> Cfr. [https://en.wikipedia.org/wiki/Nazi\\_concentration\\_camps](https://en.wikipedia.org/wiki/Nazi_concentration_camps)

<sup>65</sup> Foi o campo de concentração de *Dachau* que serviu de protótipo para os subseqüentes onde diversos seres humanos foram encarcerados, sujeitos a trabalhos forçados, fome, sede, maus tratos, tortura, experiências médicas e, eventualmente, morte.

<sup>66</sup> Cfr. [https://en.wikipedia.org/wiki/Mauthausen-Gusen\\_concentration\\_camp](https://en.wikipedia.org/wiki/Mauthausen-Gusen_concentration_camp)

<sup>67</sup> Cfr. <https://en.wikipedia.org/wiki/Natzweiler-Struthof>

<sup>68</sup> Vide [https://en.wikipedia.org/wiki/Fort\\_de\\_Romainville](https://en.wikipedia.org/wiki/Fort_de_Romainville)

<sup>69</sup> Cfr. [https://en.wikipedia.org/wiki/Fossoli\\_di\\_Carpi](https://en.wikipedia.org/wiki/Fossoli_di_Carpi)

Sob o efeito da II Guerra Mundial, os legisladores dos diferentes países adotaram diferentes posturas que ainda hoje se fazem sentir.

A maioria dos países onde proliferaram atos de violência alicerçados em preconceitos e visões distorcidas de superioridade e inferioridade racial, optaram por consagrar um regime de eficácia vinculativa do testamento vital, de forma a reforçar a proteção da autodeterminação e dignidade dos indivíduos que não podem decidir por si e para si e que, por esse motivo, se encontram em posição de especial fragilidade.

Os restantes países, embora fortemente afetados pelas consequências da ideologia nazi - foram saqueados e os seus cidadãos punidos na sequência de atos de resistência ou colaboração com inimigos do regime citado - não foram explicitamente violentados na sequência de ideais raciais distorcidos.

No que diz respeito às orientações seguidas pelo legislador italiano, justifica-se uma análise individual.

O testamento vital em Itália surgiu no rescaldo da morte de Eluana Engaro privada, por decisão judicial, da alimentação e hidratação artificiais que a mantinham viva há vários anos.

Evitar mortes como a de Eluana Engaro era um dos principais objetivos de diversos movimentos católicos - e não só - que apoiaram a aprovação da lei em questão.

Do conteúdo da lei do testamento vital italiana é de sublinhar o princípio do consentimento informado atual, a consagração do princípio da aliança terapêutica na relação médico - paciente, a rejeição da prática de atos de eutanásia e exacerbação terapêutica e a consagração do caráter não vinculativo das diretivas antecipadas de vontade.

Para além do regime de eficácia meramente indicativo das manifestações antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde, o legislador italiano classificou de irrelevante o conteúdo de uma diretiva antecipada de rejeição de alimentação e hidratação artificiais - salvo se ineficazes face à capacidade de absorção do corpo, caso em que já estaremos perante medidas consideradas desproporcionadas.

Foi este ponto específico que mereceu maiores críticas por parte da doutrina italiana, mas os defensores da lei do testamento vital naquele país entenderam ser necessário distinguir o consentimento atual do presumido - mesmo que este último se alicerce numa declaração escrita anterior.

Uma vez que se trata da decisão mais irreversível de todas, a dúvida impõe, de acordo com a linha de pensamento seguida pelos partidários da referida lei, uma decisão a favor da vida; a dúvida sobre o sentido da vontade (atual) do doente justifica a prevalência do princípio *in dubio pro vita*.

É certo que existem diferenças dentro dos ordenamentos jurídicos revistos, no entanto, para além do respeito pela lei, pelas *leges artis* e pelo princípio da dignidade da pessoa humana, todos admitem a prática de atos de eutanásia passiva e a rejeição de meios de alimentação e hidratação artificiais quando estes se destinam apenas a manter a vida biológica do paciente silencioso.

Nesse sentido, cremos que a posição isolada do legislador italiano face à rejeição de meios de alimentação e hidratação artificiais resulta da comoção provocada pela morte de Eluana Englaro, pela posição de diversos grupos católicos e dos familiares de outros doentes em estado vegetativo persistente que não queriam perder os seus familiares por inanição e desidratação e que, de forma compreensiva, mantinham - e mantêm - a esperança de recuperar o seu ente querido.

As críticas à linha seguida pelo legislador italiano, caracterizada pela exacerbação da indisponibilidade da vida humana sobre a autodeterminação pessoal, são compreensíveis; nenhum dos princípios possui caráter absoluto, o que justifica um jogo de equilíbrio entre ambos e não a sobreposição total de um sobre o outro.

Cremos que a recusa de alimentação e hidratação artificiais é um direito que assiste a todos os pacientes, independentemente de entendermos tratar-se de um ato médico ou cuidados básicos, porque ninguém pode ser coagido a receber tratamento médico ou a ser alimentado.



Independentemente das discrepâncias existentes entre os ordenamentos jurídicos europeus, encontramos pontos comuns na aceitação da livre recusa de tratamento médico, alimentação e hidratação artificiais, bem como na prática de atos de eutanásia passiva que demonstram o respeito pela autodeterminação individual, pelo percurso de vida do paciente silencioso e, em *ultima ratio*, pelo seu próprio conceito de dignidade pessoal.

### **2.3 O direito anglo - saxónico**

Vejamos agora duas realidades anglo - saxónicas, de forma a determinarmos se a regulamentação das diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde nestes ordenamentos jurídicos diverge muito das opções europeias já revistas que, de forma unânime, excluem o cumprimento de diretivas antecipadas contrárias à lei e às *leges artis*.

#### **2.3.1 Reino Unido**

Excluindo da presente análise os regimes da Irlanda do Norte e da Escócia, tanto o homicídio a pedido como o auxílio ao suicídio são punidos, podendo mesmo o primeiro ilícito representar uma pena de prisão de carácter perpétuo<sup>70</sup>.

No Reino Unido têm existido diversos casos de interesse para a discussão.

A título meramente exemplificativo, por ter chegado à discussão ao TEDH, faremos referência ao caso de Diane Pretty, que padecia de uma doença irreversível que a impedia de cometer suicídio sem auxílio de outrem.

Nesse sentido, e desejando os préstimos do seu marido para a consumação do ato final, Diane, em 2001, solicitou às instâncias competentes que não o punissem pela prática do crime de auxílio ao suicídio.

---

<sup>70</sup> Vide GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Comparticipação em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, janeiro de 2015, pp. 311.

Na sequência da recusa por parte das instâncias judiciais britânicas, Diane recorreu para o TEDH alegando o direito a morrer e socorrendo-se, para o efeito, dos artigos 2.º, 3.º, 8.º, 9.º e 14.º, todos da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

As suas pretensões não foram reconhecidas e Diane acabou por morrer na sequência da degradação do seu estado de saúde.

Atualmente, para analisar corretamente o regime jurídico em vigor em solo britânico, há que ter com conta sete diplomas legislativos<sup>71</sup>.

As manifestações prospectivas de vontade em matéria de cuidados de saúde são admitidas e tendencialmente vinculativas, abrangendo situações de eutanásia passiva ou ativa indireta.

Os casos suscetíveis de consubstanciar a prática de eutanásia ativa ou de auxílio ao suicídio são ilegais e, por esse motivo, não poderão ser objeto de diretivas antecipadas.

### **2.3.2 Estados Unidos da América**

Como vem sendo comum em diversas constelações, também nas decisões de fim de vida os norte-americanos foram praticamente pioneiros<sup>72</sup>.

Nesse sentido, e por considerarmos o direito norte-americano uma espécie de pólo oposto do nosso, dedicaremos especial atenção à regulamentação das manifestações antecipadas de vontade naquele território.

Por motivos que não nos compete esclarecer, a realidade norte - americana no que a situações clínicas extremas concerne revelou-se bastante prolífera, e a atenção dada pelos *media*

---

<sup>71</sup> Cfr. GODINHO, Inês Fernandes, Eutanásia, *Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Comparticipação em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, Janeiro de 2015, pp. 310, referindo-se ao *Offenses Against the Persons Act* 1861, *Homicide Act* 1957, *Suicide Act* 1961, *Criminal Law Act* 1967, *Criminal Law Act* 1977, *Coroners and Justice Act* 2009 e *Human Rights Act* 1998.

<sup>72</sup> A título de mera curiosidade, a Austrália, país de direito anglo - saxónico, foi o primeiro do mundo a legalizar a eutanásia ativa direta e o suicídio assistido (*Rights of the Terminally Ill Act* de 1995) mas atualmente, tanto a eutanásia ativa direta como o suicídio assistido são considerados ilícitos em todo o território australiano (*Euthanasia Laws Bill*).

a casos específicos deixaram clara a necessidade de cimentar um regime legal suscetível de suprimir eventuais estados de incapacidade dos pacientes.

Três dos casos mais discutidos dizem respeito a Karen Ann Quinlan, Nancy Beth Cruzan e Terry Schiavo.

A situação vivida por Karen Ann Quinlan foi especialmente significativa por se reportar a uma situação até então inédita; a retirada dos meios de suporte ventilatório em paciente inconsciente.

Corria o mês de abril de 1975 quando Karen Ann, de apenas 21 anos de idade, deixou de ventilar por dois longos períodos de tempo.

O sucedido provocou lesões cerebrais que a deixaram em estado vegetativo persistente.

Desprovida de quaisquer funções cognitivas, incapaz de comunicar, alimentar-se ou tratar da sua higiene pessoal de forma autónoma, a vida biológica de Karen Ann dependia do ventilador.

O seu progenitor solicitou ao médico assistente a retirada do referido aparelho, mas este recusou, pelo que o senhor Quinlan recorreu à via judicial; numa primeira fase solicitou ser nomeado tutor de Karen Ann e, deferido o seu pedido, invocou o direito da sua filha à privacidade e à integridade física e solicitou a retirada do suporte de vida artificial.

O *New Jersey Supreme Court* aceitou a petição proposta e o ventilador foi desligado; inesperadamente, Karen Ann conseguiu ventilar de forma espontânea e manteve-se em estado vegetativo persistente até 1985, falecendo na sequência de uma pneumonia<sup>73</sup>.

Nancy Beth Cruzan ficou gravemente ferida após um acidente de viação ocorrido em 1983 e permaneceu em estado vegetativo persistente até dezembro de 1990.

---

<sup>73</sup> Vide [http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/In\\_Re\\_Quinlan.pdf](http://euthanasia.procon.org/sourcefiles/In_Re_Quinlan.pdf)

Embora fosse capaz de ventilar espontaneamente, era incapaz de comunicar, de se alimentar sozinha - dependia de um tubo para se alimentar e hidratar, porque tinha abolido o reflexo de deglutição - ou de tratar da sua higiene pessoal.

Perante o estado de Nancy, os seus progenitores apresentaram em tribunal uma petição solicitando o fim da alimentação e hidratação artificiais.

O *Supreme Court of Missouri* condicionou o pedido da família Cruzan à apresentação de provas convincentes e irrefutáveis de que essa seria realmente a vontade de Nancy.

Após vários debates judiciais e testemunhos de amigos e familiares que atestaram a vontade previamente manifestada por Nancy, o *United States Supreme Court* permitiu a retirada do tubo, removido a 15 de dezembro de 1990.

Nancy morreu 12 dias depois<sup>74 75</sup>.

Outra mulher norte-americana foi o foco das atenções dos *media*, não só pelo seu estado de saúde, mas também pelas divergências entre os seus familiares; o marido de Terry Schiavo solicitava a retirada da sonda que a alimentava artificialmente, enquanto os seus progenitores lutavam pela manutenção da mesma.

Na sequência de uma longa batalha judicial, os tribunais ordenaram a retirada da sonda que alimentava Terry de forma artificial, depois de determinarem que esta seria a sua vontade, caso estivesse em condições de a manifestar.

Terminado o processo de morte natural, Terry Schiavo faleceu em março de 2005, após 15 anos em estado vegetativo persistente<sup>76</sup>.

---

<sup>74</sup> <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/497/261/case.html>

<sup>75</sup> Cfr. *Euthanasia in the United States, Including: Jack Kevorvian, Charles Eliot Norton, Sun Hudson Case, Advance Directives Act, Nancy Cruzan, Not Dead Yet, Tirhas Habtegeris, Hemlock Society, Final Exit Network, Hayden Law, Carol Carr, George Exoo*, Hephaestus Books, Lightning Source UK Ltd, Milton Keynes UK.

<sup>76</sup> Cfr. <http://euthanasia.procon.org/view.additional-resource.php?resourceID=1464>

Estes três casos, e outros<sup>77</sup>, levaram a que muitos pensassem na sua própria mortalidade.

Em 1994, o estado do Oregon aprovou legislação específica relativa ao suicídio assistido, seguido do estado de Washington, em 2008, e do estado da Califórnia, em 2015.

O *Oregon Death With Dignity Act* permite que um indivíduo maior, capaz e residente no estado do Oregon peça, por escrito, medicação com vista a pôr fim à sua vida de forma digna e humana, caso lhe tenha sido diagnosticada uma doença terminal.

Por sua vez, o *Washington Death With Dignity Act* - em tudo idêntico ao do referido Estado pioneiro - sublinha que a medicação deverá ser administrada pelo próprio paciente.

No rescaldo da morte de Brittany Maynard, o estado da Califórnia aprovou a lei que possibilita a prática de atos de suicídio assistido após aprovação de dois médicos.

O pedido deverá ser efetuado pelo próprio paciente, que deverá ser capaz de ingerir os medicamentos prescritos para o efeito<sup>78</sup>.

Mas estas iniciativas legislativas, por dizerem respeito a um pedido feito por paciente consciente e capaz, revelam-se inúteis para enfermos silenciosos, como Karen, Nancy e Terry.

A expressão *living will* parece ter sido utilizada pela primeira vez, em 1969, no artigo que Luis Kuttner, jurista em Chicago, publicou no *Indiana Law Journal*, intitulado *The Process of Euthanasia: The Living Will, a Proposal*.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> A título de exemplo, Eluana Englaro e Ada Rossi em Itália, Vincent Lambert em França, Diane Pretty no Reino Unido, Sunny von Bulow nos Estados Unidos da América e Aruna Shanbuag na Índia.

<sup>78</sup> Para mais detalhes sobre a morte de Brittany Maynard e consequente aprovação da lei designada *Senate Bill* (SB 1289 *End of Life Option Act*, vide <http://m.visao.sapo.pt/pesquisa/todos/artigos/832663> e [https://en.m.wikipedia.org/wiki/Brittany\\_Maynard](https://en.m.wikipedia.org/wiki/Brittany_Maynard).

<sup>79</sup> Vide <http://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2525&context=ilj>

Kuttner identificou a impossibilidade de determinar, com certeza e sem margem para dúvidas, a vontade do paciente incapaz e apresentou como solução a sua manifestação prospectiva.

O *living will* começou por ser legalizado na Califórnia em outubro de 1976 (*Natural Death Act*), com o propósito de garantir aos pacientes a possibilidade de recusa de medidas de sustentação ou prolongamento da vida.

Outros Estados seguiram o caminho trilhado pela Califórnia e, atualmente, quase todos têm regulamentação semelhante, admitindo-se assim a prática de atos de eutanásia passiva e eutanásia ativa indireta, mediante solicitação prospectiva.

Ainda no ano de 1991, mais especificamente em dezembro, surgiu o *Patient Self - Determination Act* que vincula os estabelecimentos de saúde com financiamento federal a informarem os pacientes sobre os direitos de consentir ou recusar o tratamento terapêutico indicado e de formalizarem diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde.

De acordo com a legislação de muitos estados norte - americanos, as diretivas de vontade devem ser reduzidas a escrito e acompanhadas, em regra, pela assinatura de duas testemunhas.

Em 1994, com o intuito de harmonizar as leis dos diversos estados norte - americanos, foi aprovado o *Uniform Health - Care Decisions Act*, redigido pela *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, que permite que qualquer indivíduo maior ou emancipado emita uma diretiva a produzir efeito na eventualidade de um determinado acontecimento; por exemplo, um indivíduo com uma longa história familiar de leucemia, receoso de contrair a mesma patologia, emite uma instrução que deverá surtir efeito caso lhe venha a ser diagnosticada a referida doença.

O *Uniform Health Care Decisions Act* permite ainda a outorga, por escrito, de uma procuração para cuidados de saúde (*health care proxy*), autorizando a pessoa nomeada a tomar decisões referentes a cuidados de saúde do mandante, caso este se venha a tornar incapaz de decidir por si, e para si.

As decisões tomadas pela pessoa nomeada deverão ser conformes com os desejos do paciente silencioso.

Seguindo a mesma linha de raciocínio dos ordenamentos jurídicos europeus, a diretiva antecipada do paciente pode ser revogada a qualquer tempo, sem qualquer imposição formal.

À partida, as instruções previamente emitidas pelo paciente silencioso são vinculativas mas, tal como tivemos oportunidade de ver noutras realidades jurídicas, também a norte - americana estipulou exceções específicas, elencadas no *Uniform Health Care Decisions Act*.

Assim, o médico assistente pode recusar o cumprimento de uma diretiva invocando objeção de consciência; caso o faça, deverá informar de imediato o paciente ou a pessoa por si nomeada para que seja providenciada a transferência para um outro clínico que cumpra os desígnios do paciente.

Note-se, que até esse momento, o profissional objetor de consciência deverá providenciar pelos cuidados necessários; o mesmo raciocínio aplicar-se-á caso seja a instituição médica a recusar o cumprimento da diretiva, por contrária às suas regras, por dizer respeito a meios terapêuticos considerados ineficazes ou contrários às *leges artis* ou à lei.

No seguimento de campanhas de informação, o recurso à estipulação prospetiva de cuidados de saúde tornou-se mais comum nos Estados Unidos da América<sup>80</sup> e as cláusulas mais habituais incluem referências a antibióticos, analgésicos, transfusões de sangue e hemoderivados, mecanismos de alimentação e hidratação artificiais e até mesmo tratamentos psiquiátricos.

Mesmo assim, muitos norte - americanos (e não só) ainda receiam confrontar-se com a sua própria mortalidade o que, salvo melhor opinião, justifica o comportamento omissivo de

---

<sup>80</sup> “So I actually think it's a good idea to have a living will. I'd encourage everybody to get one. I have one; Michelle has one. And we hope we don't have to use it for a long time, but I think it's something that is sensible.”, cfr. discurso proferido pelo presidente norte-americano Barack Obama, em Julho de 2009, no decurso de um evento na organização não governamental *American Association of Retired Persons*.

muitos em relação à estipulação de diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde ou nomeação de procurador de cuidados de saúde.

Muitos apenas pensam nestas questões quando confrontados com situações como as relatadas - referentes a Vincent, Eluana, Welby, Ramon, Diane, Karen, Nancy, Terry - ou com a morte de alguém próximo.

Sob o ponto de vista emocional e humano, parece-nos haver ainda um longo caminho a percorrer<sup>81</sup>.

Em jeito de apreciação conclusiva, e apesar das múltiplas diferenças sócio - culturais, cremos que o regime estipulado pelo ordenamento jurídico norte - americano, tendo em conta eventuais particularidades estaduais, não difere muito das opções europeias e mesmo nacionais.

### **3. As três vertentes do consentimento**

Não podemos discutir o regime de eficácia das diretivas antecipadas, sem estudarmos a doutrina do consentimento<sup>82</sup>.

---

<sup>81</sup> Em Portugal, a 1 de julho de 2015, cerca de 1500 cidadãos - com especial incidência em indivíduos do sexo feminino - tinham já estabelecido a sua vontade antecipada quanto a cuidados de saúde a receber em fim de vida, caso estejam impossibilitados, por qualquer motivo, de o fazer de forma autónoma, cfr. [http://www.cmjornal.xl.pt/nacional/detalhe/1500\\_solicitam\\_testamento\\_vital.html](http://www.cmjornal.xl.pt/nacional/detalhe/1500_solicitam_testamento_vital.html).

<sup>82</sup> “ A sua relevância como causa de justificação depende da articulação entre os princípios da autonomia da pessoa e da protecção dos bens jurídicos. A autonomia implica disponibilidade de direitos e bens, liberdade de exercer certos direitos e de dispor livremente dos bens. A protecção assegurada pela Constituição a bens jurídicos e a direitos fundamentais implica, por seu lado, que existam limitações de disponibilidade de certos bens ou direitos, sendo alguns, como a vida e os aspectos essenciais da integridade física ou moral, indisponíveis. O consentimento do ofendido funciona como causa de justificação se houver uma prevalência da autonomia sobre o desvalor da lesão do bem jurídico, o que, por outras palavras, significa a disponibilidade do bem, na situação concreta. Em suma, o pensamento fundamental em que se baseia o consentimento do ofendido é a limitação da intervenção penal pelo valor preponderante da autonomia”, cfr. PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral - A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, pgs. 306 e 307.



A evolução do consentimento informado<sup>83</sup> percorreu todo o século XX e sofreu um grande impulso após a II Guerra Mundial.

O direito ao consentimento livre e esclarecido é um postulado axiológico e normativo reconhecido por todos os ordenamentos jurídicos supracitados; no ordenamento nacional assenta nos artigos 25.º e 26.º, da CRP, 156.º e 157.º, do CP, 70.º e 485, do CC, 44.º do CDOM e na base XIV, n.º 1, al e), da Lei n.º 48/90, de 24 de agosto e permite a transferência, para o paciente, dos riscos que de outro modo seriam suportados pelos profissionais de saúde.

Uma vez que o direito ao consentimento é autónomo relativamente ao dever de informar, é importante frisar que a finalidade fundamental do esclarecimento deve ser a de permitir ao paciente consentir - ou não - na intervenção que lhe é proposta<sup>84</sup>.

### 3.1 O consentimento efetivo

A doutrina do consentimento<sup>85</sup> acompanhou uma “notável evolução no âmbito da Bioética e da Ética Médica” que consistiu, sobretudo, “na suspensão do paternalismo clínico herdado de Hipócrates pelo princípio da autonomia do paciente”<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> “ (...) el consentimiento tiene una larga y variada historia. Por el grande jurista romano, Ulpiano (aproximadamente 170-228, d. C.), se transmite en el libro 47 del Digesto (D. 47. 10. 1. 5) la frase “nulla iniuria est, quae in volentem fiat”; es decir, “lo que se realiza con la voluntad del lesionado, no constituye injusto”. Con ello los derechos de la personalidad (honor, salud, libertad, e incluso la vida). La frase de Ulpiano se transforma posteriormente en la máxima jurídica “volenti non fit iniuria” (frente a aquel que lo quiere, no tiene ligar ningún injusto) (...), cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoría del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp.511.

<sup>84</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª edição, fevereiro de 2015, pp. 423.

<sup>85</sup> “ (...) en otras disposiciones penales el menoscabo mismo del bien jurídico tiene lugar incluso cuando el hecho sucede de acuerdo con la voluntad de su titular. La acción descrita en el tipo no es, por tanto, un suceso normal de la vida social sino que probablemente conduce a una pérdida bastante dolorosa que, no obstante, el titular del bien jurídico protegido está dispuesto a tolerar por motivos derivados del marco de su libertad de disposición. La doctrina mayoritaria denomina a estos casos “consentimiento” (“Einwilligung”) y trata la conformidad como una causa de justificación, pues aquí no sólo se trata del poder de disposición del titular sino de un valor jurídicamente protegido independiente del ello”, JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Quinta Edición, corregida y ampliada, Granada, Editorial Comares, S.L., Diciembre, 2002, pp.400.

<sup>86</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª edição, fevereiro de 2015, pp. 397.

No que ao dever de esclarecimento concerne, este assume especial relevância por conduzir ao exercício da autodeterminação do paciente; numa relação que se quer baseada na confiança, diálogo e respeito mútuo, como a que deve existir entre o médico e o seu paciente, o primeiro deve informar o segundo sobre o diagnóstico, índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou tratamento, bem como sobre a necessidade do tratamento, eventuais meios terapêuticos alternativos e qualidade de vida expectável face às alternativas viáveis<sup>87</sup>.

O médico deve sempre certificar-se de que o paciente foi devidamente informado e compreendeu, sem qualquer margem para dúvidas, o alcance e as consequências da sua decisão; caso viole o dever de informar, o consentimento do enfermo será considerado inválido e o risco manter-se-á na esfera do clínico, que responderá por todas as consequências da intervenção.

Mas falar do dever de esclarecimento a que se encontra vinculado o profissional de saúde e a sua importância para a obtenção de um consentimento verdadeiramente livre e autónomo, exige que se faça referência ao privilégio terapêutico - cujo regime excecional permite a omissão de informações que noutras circunstâncias seriam comunicadas ao paciente - e ao direito a não saber - enquanto expressão do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, à reserva da vida privada, integridade e autodeterminação.

Relativamente ao privilégio terapêutico, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina (doravante, CDHBio) entendeu que compete aos legisladores nacionais resolver o conflito entre o direito à informação e a proteção da saúde do paciente.

Neste sentido, cada ordenamento jurídico pode fixar restrições ao direito a ser informado justificando-se, nestes casos específicos, a retenção de informação por parte do médico ou cautela no esclarecimento.

---

<sup>87</sup> “O doente perante, por exemplo, uma operação do foro oncológico, para dar um consentimento deveras informado, tem de ter bem nítidos, a seus olhos, diferentes valores, a saber: qual o provável tempo de vida que lhe resta se nada fizer? Qual, também provável, é certo, o tempo de vida que alcançará se tiver lugar a intervenção? Se nada fizer, com que qualidade de vida terminará os seus dias? (...)”, cfr. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Das Omissões Lícitas no Exercício da Medicina in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, organização José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, Coimbra Editora, Dezembro de 2010, pp. 89 em referência a COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal in Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 773.

O profissional de saúde pode recorrer ao privilégio terapêutico apenas em intervenções médicas de cariz terapêutico, mas deve evitá-lo ao máximo, reservando a sua utilização “para casos verdadeiramente excepcionais, como algumas doenças do foro psiquiátrico ou cardíaco que, pela sua natureza, sejam agravadas com a transmissão da informação”<sup>88</sup>.

É importante frisar que a utilização desta figura não deve colocar em risco a autonomia do doente (artigos 31.º, 44.º, 45.º e 50.º, todos do CDOM), pelo que os casos que fundamentem a sua utilização devem ser minuciosamente analisados, de modo a que os esclarecimentos prestados pelo médico<sup>89</sup> sejam suficientes para que o paciente disponha de um pequeno conjunto de informações necessárias a uma decisão autónoma<sup>90</sup>.

Assim, na prática, a omissão de informação nunca poderá ser total; o médico deverá fazer uso das suas competências emocionais e humanas, recorrer a uma linguagem simples e tranquilizante, e assim fornecer ao paciente as informações necessárias ao livre exercício da sua autodeterminação, de modo a que aquele tenha a mínima noção do tipo de ato médico a que será sujeito e quais as consequências do mesmo na sua saúde e qualidade de vida.

Por sua vez, o direito a não saber permite que o paciente renuncie à informação médica - enquanto manifestação do princípio da autonomia e do livre desenvolvimento da personalidade (artigos 10.º, n.º 3, da CDHBio e 50.º, n.º 3, do CDOM) - afastando-se, assim, do processo de decisão.

No entanto, tal como o privilégio terapêutico, também o direito a não saber não é absoluto (artigos 10.º, n.º 3 e 26.º, ambos da CDHBio); o paciente tem sempre de receber informação adequada à ponderação dos riscos da falta de conhecimento.

---

<sup>88</sup> Cfr. ANTUNES, Alexandra / NUNES, Rui, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999, pp. 125.

<sup>89</sup> Augusto Silva Dias fala em “autonomia ética do paciente”. Este Autor afirma que “em caso algum é juridicamente requerido o cumprimento de um dever que comporta uma lesão da autonomia ética do paciente. De outro modo, conceder-se-ia ao médico um poder de decidir sobre interesses alheios, o que representaria um “desprezo olímpico” (Bajo Fernandez) pela autonomia de decisão do indivíduo (...)” in *A Relevância Jurídico Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra, Almedina, 1986, pp. 131 e seguintes.

<sup>90</sup> No mesmo sentido, ANDRADE, Manuel da Costa, *Anotação ao artigo 157.º*, pp. 395 e GOMÉZ RIVERO, Maria del Carmen, *La Responsabilidad Penal del Medico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, pp. 83.

Referidas as exceções ao dever de informar, cabe agora discutir a liberdade do paciente em dispor do próprio corpo.

De acordo com o artigo 38.º, do CP, o consentimento - quando diga respeito a interesses livremente disponíveis e não ofenda os bons costumes - pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade “séria, livre e esclarecida” pelo titular do bem jurídico protegido, que deverá ser maior de 16 anos e possuir o “discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

No que ao tratamento em sede de direito penal concerne, a doutrina diverge relativamente à posição a ocupar pela figura do consentimento; uma corrente doutrinária vê no consentimento uma causa de exclusão do tipo e sublinha o “abandono” do bem jurídico à disposição do seu próprio titular como fundamento da posição adotada.

Seguindo esta linha de raciocínio, os tipos legais referentes a bens jurídicos livremente disponíveis centram-se no domínio do titular sobre o bem jurídico.

Claus Roxin<sup>91</sup>, para quem o consentimento eficaz é uma causa de exclusão do tipo, sublinha que os diversos bens jurídicos desempenham um papel preponderante no livre desenvolvimento da personalidade do seu titular, não sendo correto falar em lesão sempre que a ação decorra da vontade do próprio.

Nas palavras do supracitado jurista, o consentimento é um corpo estranho entre as restantes causas de justificação<sup>92</sup>, alicerçadas em princípios de ponderação de interesses e necessidade.

---

<sup>91</sup> Vide ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp. 517 a 526.

<sup>92</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp. 521.

Por não ser claramente distinto do acordo<sup>93</sup> e por se basear na livre vontade do titular do bem jurídico, o consentimento deverá ser considerado uma causa de exclusão do tipo.

Já Gunter Stratenwerth<sup>94</sup> alerta que a agressão a determinados bens jurídicos não poderá ser considerada ilícita, se efetuada a coberto do consentimento do seu titular.

Nesse sentido e enquanto manifestação da autodeterminação individual, o consentimento eficaz será uma causa de exclusão do tipo, alicerçado no critério da renúncia ao bem jurídico e à proteção legal que lhe é concedida.

Gunter Stratenwerth faz questão de sublinhar, e bem, que a renúncia ao bem jurídico individual e ao manto legal de que beneficia só poderá ser efetuada dentro de determinados limites.<sup>95</sup>

Uma outra posição doutrinária, que perfilhamos, considera a figura do consentimento uma causa de justificação<sup>96</sup>, alegando que a proteção penal do interesse jurídico não cessa com o “abandono” do bem jurídico às mãos do seu titular.

A proteção conferida pela lei a bens jurídicos como a liberdade, a autodeterminação e a dignidade individual mantém-se em qualquer circunstância; é o Direito (e não o titular do bem jurídico) que impõe os requisitos necessários à existência de um consentimento considerado válido e eficaz, bem como os respetivos limites - veja-se a cláusula dos bons costumes no que à integridade física concerne.

Desta forma, podemos concluir que o legislador mantém um papel bastante ativo na proteção dos interesses jurídicos disponíveis, optando por não sancionar - de acordo com

---

<sup>93</sup> Cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp. 522.

<sup>94</sup> Vide STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal. Parte General I - El Hecho Punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra, Editorial Arazandi, S.A., Thomson Civitas, 2000, pp.180.

<sup>95</sup> Cfr. STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal. Parte General I - El Hecho Punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra, Editorial Arazandi, S.A., Thomson Civitas, 2000, pp.180

<sup>96</sup> “Lo correcto es concebir al consentimiento como una causa de justificación.”, cfr. JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Quinta Edición, corregida y ampliada, Granada, Editorial Comares, S.L., Diciembre, 2002, pp.403.

requisitos expressamente previstos - comportamentos que sem o consentimento de quem de direito, seriam puníveis.

Pela ponderação de interesses necessariamente feita pelo titular dos bens jurídicos em causa - aquando da construção do processo decisório - e pelo próprio legislador - na imposição de pressupostos e limites - entendemos que a figura do consentimento está plenamente integrada entre as restantes causas de justificação.

Nas palavras de Maria Fernanda Palma, o consentimento trata-se de uma “vontade séria, vontade livre e vontade esclarecida”, exigências às quais se adiciona a atualidade “do consentimento que implica o preenchimento dos requisitos referidos no momento da prática do facto”<sup>97</sup> e a possibilidade de revogação do consentimento durante a execução do facto pelo agente”<sup>98</sup>.

Dos artigos 150.º, 156.º e 157.º, todos do CP, decorre que o consentimento tem três pilares essenciais<sup>99</sup>; a capacidade para consentir<sup>100</sup>, a existência de informação adequada para a formação de uma decisão verdadeiramente livre e esclarecida e o direito a consentir ou a recusar um tratamento médico<sup>101</sup>.

---

<sup>97</sup> “El consentimiento debe ser prestado antes del hecho (...) y es libremente revocable (...) para su revocación tampoco puede ser suficiente el cambio de voluntad puramente interno, sino que debe exigirse su manifestación exterior”, cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp. 535.

<sup>98</sup> Vide PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral - A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, pp. 313.

<sup>99</sup> Relativamente aos requisitos gerais do consentimento “ (...) en la actualidad se exige que el consentimiento debe ser manifestado externamente de un modo inequívocamente reconocible, sin que sean aplicables las reglas del Derecho civil relativas a la declaración de voluntad (...) el objeto del consentimiento es la acción y el resultado típico, siempre en la medida en que en el momento en que se presta aquél ya sea previsible este último (...) el titular del bien jurídico debe, sobre todo, poseer una capacidad de razonamiento y juicio natural para poder calcular el significado de la renuncia (...) el consentimiento debe estar libre de vicios de la voluntad (...), JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Quinta Edición, corregida y ampliada, Granda, Editorial Comares, S.L., Diciembre, 2002, pp. 409 e 410.

<sup>100</sup> “ (...) el consentimiento (...) depende de la voluntad responsable y no turbada del portador del bien jurídico (...), cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp. 536.

<sup>101</sup> No mesmo sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Valor do Consentimento num Estado Terminal*, in Estudos de Direito da Bioética, vol. IV, Coordenador José de Oliveira Ascensão, APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra, Edições Almedina, S.A., abril 2012, pp. 40.

No seguimento da linha de pensamento de Gunter Stratenwerht, sublinhamos que o consentimento deverá ser uma clara manifestação de autodeterminação do titular do bem jurídico<sup>102</sup>; em contexto médico deverá ser um reflexo da autonomia do paciente<sup>103</sup>, manifestada antes da prática do ato médico.

A questão que se coloca relativamente ao consentimento expresso nos termos do artigo 38.º, do CP, refere-se à disponibilidade dos interesses jurídicos pelo respetivo titular; até que ponto poderá a autonomia sobrepor-se a interesses jurídicos como a integridade física ou a vida?

Em relação à integridade física, e articulando os artigos 38.º e 149.º, ambos do CP, concluímos que o critério dos bons costumes serve de limite ao facto consentido.

Diz o artigo 149.º, do CP, que “para decidir se a ofensa ao corpo ou à saúde contraria os bons costumes<sup>104</sup> tomam-se em conta, nomeadamente, os motivos e os fins do agente ou do ofendido, bem como os meios empregados e a amplitude previsível da ofensa”.

Revelam-se aqui critérios - não exaustivos - que exigem a análise dos motivos e fins dos meios utilizados e da intensidade previsível da lesão.

A cláusula dos bons costumes, a propósito das ofensas consentidas à integridade física, é uma indicação subjetivo - objetiva da identidade social negativa de uma lesão de bens jurídicos que tem como função excluir a “justificação de comportamentos significativos de lesão do núcleo indisponível de certos bens fundamentais” como “a dignidade humana, a integridade

---

<sup>102</sup> Cfr. STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal. Parte General I - El Hecho Punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra, Editorial Arazandi, S.A., Thomson Civitas, 2000, pp.185.

<sup>103</sup> “Quer se acredite que a intervenção médica desprezou, de um modo radical, a vontade do doente ou; pelo contrário, que as intervenções foram naturalmente temperadas e consertadas pelo respeito humano ou pela necessidade prática de colaboração, parece seguro afirmar que só muito recentemente se estabeleceu a necessidade de obter um consentimento informado e prévio, como um modo de respeitar um verdadeiro e próprio direito do paciente”, cfr. Oliveira, Guilherme de, *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado*, in Temas de Direito da Medicina 1, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, coordenação Guilherme de Oliveira, Coimbra Editora, 2.ª edição aumentada, 2005, pp. 60.

<sup>104</sup> A propósito da cláusula dos bons costumes “(...) sólo se puede aceptar un “atentado a las buenas costumbres” del hecho cuando el ordenamiento jurídico se desprende claramente su reprobación legislativa y cuando el hecho causa el menoscabo de bienes jurídicos que no están a disposición del portador del bien jurídico.”, cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp. 530.

moral e pessoal, a liberdade de consciência ou a possibilidade de se afirmar uma pessoa digna e autónoma<sup>105</sup>”.

Assim, e como já tivemos oportunidade de referir, os direitos e interesses não são livremente disponíveis mediante vontade exclusiva do seu titular.

Para além dos requisitos e limites impostos pelo legislador e do núcleo essencial da integridade física, há que sublinhar a ineficácia do consentimento no que à disponibilidade da vida humana diz respeito<sup>106</sup>.

Manuel da Costa Andrade<sup>107</sup> assenta a ineficácia do consentimento relativamente a determinados interesses, como o núcleo essencial da integridade física e a vida humana, na diferenciação entre auto e heterolesão consentida; a primeira, por se tratar de um ato essencialmente pessoal, íntimo e interno está livre do contexto do sistema social e dos tentáculos do legislador, a segunda, configura uma interação entre dois ou mais intervenientes que exige intervenção estadual.

Em termos simplistas, qualquer um de nós pode atentar contra a sua própria integridade ou vida sem que isso desencadeie qualquer consequência legal, mas nunca contra a integridade nuclear ou vida de terceiros - independentemente da anuência dos próprios.

Para analisar o consentimento efetivo em contexto médico há que partir do artigo 150.º, n.º 1, do CP, que classifica de ato médico as intervenções e tratamentos que “segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada, com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”.

---

<sup>105</sup> Vide PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral - A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013, pp. 311.

<sup>106</sup> No mesmo sentido, ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp. 530.

<sup>107</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, reimpressão, pp. 213 e 214.



Desta definição de ato médico ficam excluídos os tratamentos desproporcionados, fúteis ou heroicos<sup>108</sup> pelo que qualquer pedido efetuado pelo paciente que ultrapasse os limites dos artigos 150.º, n.º 1, do CP, e 31.º, 33.º, n.º 1, 35.º, 44.º, 45.º e 48.º, todos do CDOM, não dirá respeito a um ato médico.

O consentimento efetivo é a demonstração mais habitual de autonomia da pessoa doente na relação médico - paciente; é também a mais isenta de dúvidas, uma vez que as informações e o consentimento são prestados no momento da intervenção terapêutica.

Antes de passarmos à análise daquela que consideramos ser a segunda vertente do consentimento teceremos algumas considerações sobre as situações em que o paciente pede ao médico que não intervenha, ou seja, que nada faça para impedir o processo natural de morte, e que entendemos não consubstanciarem a prática de um homicídio a pedido por omissão<sup>109</sup>.

A recusa livre e consciente do paciente em relação a um tratamento ou intervenção de cariz terapêutico, ainda que com riscos consideráveis para a sua vida ou saúde<sup>110</sup>, faz cessar o dever de garante do médico.

Cremos que o entendimento contrário, de que a posição de garante do médico se mantém mesmo após recusa expressa do paciente relativamente a uma qualquer ou quaisquer terapêuticas<sup>111</sup>, viola o princípio da unidade da ordem jurídica - enquanto princípio de não

---

<sup>108</sup> Cremos que, nos mesmo sentido, artigos 31.º, 33.º, n.º 1, 35.º, 44.º, 45.º e 48.º, todos do CDOM.

<sup>109</sup> Neste sentido, SILVA DIAS, Augusto, *Materiais para o Estudo da Parte Geral do Direito Penal - Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª edição, revista e atualizada, 2007, pp.59.

<sup>110</sup> “ Está admitido que las intervenciones médicas no deben llevarse tampoco a cabo aunque la negativa del paciente sea insensata; entonces, sensu contrario, debe ser admisible de la misma manera una intervención cuando se base en una decisión objetivamente insensata del paciente”, cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión), pp. 539.

<sup>111</sup> Teresa Quintela de Brito justifica o tratamento médico contrário à vontade da pessoa doente, via aplicação analógica do artigo 154.º, n.º 3, do CP, sustentando que o propósito do artigo 156.º, do CP, não é mitigar ou resolver o conflito entre a vida, integridade e saúde do paciente e autodeterminação, mas apenas evitar que o paciente seja transformado em objeto de experimentação médica.

Nesse sentido, Teresa Quintela de Brito entende ser de manter a posição de garante do médico em relação à vida, integridade física e saúde do paciente, independentemente do dissentimento deste último.

Vide QUINTELA DE BRITO, Teresa, *Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores*, in RPCC, ano 12, 2002, pp. 403 e seguintes.

contradição prático - normativa - e impõe ao profissional de saúde a prática do ilícito previsto e punido pelo artigo 156.º, do CP<sup>112</sup>.

Entendemos ainda não ser de recorrer ao instituto do conflito de deveres, previsto no artigo 36.º, do CP.

Assim, nos casos em que o paciente solicita ao médico, não que o mate, mas que nada faça para o evitar, cessa o dever de garante do profissional de saúde, sem que isso faça renascer na sua esfera uma qualquer permissão de agir decorrente da aplicação analógica do artigo 154.º, n.º 3, do CP, ou do recurso à norma do artigo 36.º, também do CP respeitando-se, assim, a essência do artigo 156.º, do CP.

Trata-se, em *ultima ratio*, do respeito pela autonomia da pessoa doente e pelo curso natural do processo de morte.

### **3.2 O consentimento presumido**

No entanto, nem só de consentimentos esclarecidos, efetivos e atuais vive a medicina.

Em muitos dos casos, os pacientes não podem ser esclarecidos e/ou prestar o seu consentimento para a prática de atos terapêuticos.

Para estas situações, o legislador providenciou a figura do consentimento presumido<sup>113</sup> previsto nos artigos 39.º e 156.º, n.º 2, ambos do CP.

---

<sup>112</sup> Cfr. SILVA DIAS, Augusto, *Materiais para o Estudo da Parte Geral do Direito Penal - Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª edição, revista e atualizada, 2007, pp.62 e 63.

<sup>113</sup> “ El consentimiento presunto es una causa de justificación sui generis (...) nos encontramos ante un consentimiento que aunque de acuerdo con las circunstancias podría ser prestado eficazmente, sin embargo o no existe o no puede ser recabado a tiempo porque el titular del bien jurídico o, en su caso, su representante legal, no está localizable o está inconsciente y necesitado de un tratamiento médico urgente; con estes presupuestos, existen casos en los que desde una valoración objetiva ex ante de todas las circunstancias la prestación del consentimiento por parte del interesado habría tenido lugar con toda seguridad”, cfr. JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, corregida e ampliada, Granada, Editorial Comares, S.L., Diciembre 2002, pp.413-414.

O consentimento presumido<sup>114</sup> reporta-se à impossibilidade do ofendido manifestar a sua vontade de forma expressa e atual; neste contexto, a prática do ato necessário considerar-se-á justificada sempre que a realidade em que o agente atue permita supor razoavelmente que o titular do interesse em causa - o ofendido, no caso do artigo 39.º, do CP e o paciente, nas situações previstas pelo artigo 156.º, do mesmo diploma legal - teria eficazmente consentido com a sua prática, caso estivesse capaz e conhecesse as circunstâncias verificadas.

Tal como para o consentimento efetivo, o recurso à figura do consentimento presumido requer o preenchimento de determinados requisitos<sup>115</sup>; assim, de acordo com o artigo 39.º, do CP exige-se a ausência de efetiva manifestação de vontade e a existência de requisitos para a construção da vontade hipotética do incapaz, que não deverá focar-se em elementos objetivos, mas sim em indícios claros e precisos acerca da vontade real daquela pessoa concreta.

No campo da medicina a figura do consentimento presumido é de extrema utilidade<sup>116</sup>; nos termos do artigo 156.º, n.º 2, do CP, a intervenção médica que respeite os pressupostos do artigo 150.º, n.º 1, do CP não será ilícita, nem punível, caso o consentimento expresso só poder ser obtido mediante “adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para a saúde ou tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, corpo ou saúde” do paciente, mas só se não existirem circunstâncias que permitam concluir “com segurança que o consentimento seria recusado”.

---

<sup>114</sup> “Ao consentimento expresso e efectivo é equiparado o consentimento presumido”, cfr. SILVA, Germano Marques da, *in Direito Penal Português - Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2.ª edição, Lisboa 2015, pp. 216.

<sup>115</sup> “ (...) en el consentimiento presunto deben cumplirse los mismos requisitos que fueron exigidos para la eficacia del consentimiento real. La presunción tiene que referirse al momento del hecho, siendo irrelevante la esperanza de una aprobación posterior (...) el portador del bien jurídico cuyo consentimiento debe justificar el hecho debe poseer la capacidad general de raciocinio y juicio que habría sido necesaria para valorar correctamente el significado de la intervención (...) aquí no es importante si el consentimiento presunto atenta por si mismo a las buenas costumbres, pues como con la presunción acerca de la decisión de otro siempre está anudado un cierto riesgo, el autor puede llevar a cabo la intervención en la esfera jurídica ajena si ha examinado detenidamente las circunstancias (...), cfr. JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, corregida e ampliada, Granada, Editorial Comares, S.L., Diciembre 2002, pp. 417.

<sup>116</sup> “ en el internamiento hospitalario de una persona inconsciente gravemente herida, puede llevarse a cabo una intervención inmediata sin el consentimiento del paciente por motivos sanitarios siempre que pueda aceptarse que él mismo habría consentido de conocer tales circunstancias (...)”, cfr. JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, corregida e ampliada, Granada, Editorial Comares, S.L., Diciembre 2002, pp. 414.

Em confronto com o n.º 2, do artigo 39.º, do CP, constatamos que em ambos os casos se verifica a ausência de uma efetiva manifestação de vontade e a necessidade de reconstruir aquela que hipoteticamente seria a vontade real do indivíduo incapaz, mas enquanto no consentimento presumido previsto no artigo 39.º, do CP a ação é justificada sempre que for razoável supor “que o titular do interesse juridicamente protegido teria consentido no facto” se conhecesse as circunstâncias concretas em que este é praticado, no consentimento presumido do n.º 2, do artigo 156.º, do CP o legislador optou pela situação inversa e o médico só deve abster-se de agir perante a existência de indícios seguros de que o paciente não anuiria com a prática terapêutica.

Nos restantes casos, e tendo em conta o princípio *in dubio pro vita*, o profissional de saúde deve sempre partir do pressuposto que o paciente deseja a sua intervenção.

A vertente presumida do consentimento<sup>117</sup> situa-se no campo das suposições e hipóteses o que, naturalmente, obriga os intervenientes a muitas cautelas.

Assim sendo, que circunstâncias - relativas à vontade real daquele paciente em concreto - poderão levar o médico a abster-se de agir nos termos do artigo 156.º, n.º 2, parte final, do CP?

Para além de um contacto próximo que deve ser mantido com os entes queridos do paciente - quando existem e estão disponíveis a prestar a sua assistência - o médico pode ainda recorrer a escritos íntimos e gravações da pessoa doente sobre os cuidados médicos desejados.

No entanto, os profissionais de saúde não têm tempo, nem disponibilidade, para procurarem indícios que muitas vezes até nem existem.

Mais, a medicina atual exerce-se, na esmagadora maioria dos casos, sem a proximidade que anteriormente caracterizava a relação médico - paciente; o profissional de saúde - especialmente em unidades de urgência - não conhece o enfermo, os seus desejos ou projeto de vida, o que dificulta o apuramento daquela que seria a sua vontade.

---

<sup>117</sup> “ A intervenção justificativa do consentimento presumido está (...) limitada pela sua natureza de figura subsidiária face ao consentimento/acordo expresso (...) só pode invocar-se o consentimento presumido quando for impossível obter o consentimento real ou houver perigo sério na demora da sua obtenção” cfr. ANDRADE, Manuel da Costa, *in Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, julho, 2008, pp. 59.

Neste ponto, o testamento vital pode assumir um papel essencial para o médico que tenha diante de si um paciente silencioso - sem prejuízo, de perante um caso duvidoso em relação àquela que seria a vontade da pessoa doente<sup>118</sup>, agir de acordo com a máxima *in dubio pro vita* e encetar os esforços que considere essenciais e legítimos à manutenção da vida e saúde do enfermo<sup>119</sup>.

### 3.2.1 O papel do testamento vital no consentimento presumido

Sublinhamos que o facto do paciente não reunir os requisitos necessários para ser esclarecido, consentir ou dissentir, não significa a negação ou diminuição do primado da sua autodeterminação pessoal.

Os seus interesses pessoais, desejos, valores e autonomia devem ser respeitados como se de um paciente capaz se tratasse<sup>120</sup>.

Para aferir do consentimento presumido do paciente coloca-se a questão de saber como é que aquele decidiria, caso estivesse em condições de o fazer - tarefa que se revela complexa e deve ser efetuada mediante a análise das circunstâncias pessoais do paciente, dos seus desejos e interesses individuais, da sua perceção do mundo e, em *ultima ratio*, da sua conceção pessoal de dignidade.

---

<sup>118</sup> “ (...) el hecho también está justificado cuando posteriormente la presunción ha resultado ser equivocada a pesar de un examen cuidadoso de carácter objetivo. En este caso la justificación de la intervención descansa sobre la idea del riesgo permitido (...)”, cfr. JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, corregida e ampliada, Granada, Editorial Comares, S.L., Diciembre 2002, pp. 416.

<sup>119</sup> “ (...) não sendo possível a comunicação com o paciente para se averiguar se quer ou não realizar a transfusão (...) dever apelar-se ao princípio ético - jurídico fundamental *in dubio pro vita*. Como sintetiza MANUEL DA COSTA ANDRADE “(...) só a salvação da vida permite “manter em aberto a base da decisão”, contrariando o risco de a perda da vida arrastar consigo a perda irreversível da autonomia. Na certeza de que, a salvar-se a vida e a persistir o conflito com a autonomia, sobrar sempre espaço para a “assinatura da liberdade” (suicídio) de que fala FLETCHER”, cfr. MELO, Helena Pereira de, *As Directivas Antecipadas de Vontade*, Relatório Parecer sobre as Directivas Antecipadas de Vontade emitido em 2006 pela Associação Portuguesa de Bioética, disponível em <http://www.apbioetica.org/>

<sup>120</sup> “Equating the rights of incompetent patients with those of competent patients also embraces the law’s long-standing commitment to equality and to protection of disabled and vulnerable persons from discrimination and abuse. The value of human dignity and worth extends to all persons equally, not just to competent and healthy persons. To conclude otherwise would be to “downgrade the status of incompetent person and would do violence to incompetent patients’ interests in self-determination and well-being”, cfr. OLICK, Robert S., *Taking Advance Directives Seriously, Prospective Autonomy and Decisions Near the End of Life*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2001, pp.13.

Só na ausência dos pontos de apoio supracitados é que a justificação para a intervenção médica terá de assentar em juízos de carácter exclusivamente objetivo, tendo em conta a figura do paciente razoável e os seus melhores interesses<sup>121</sup>.

A figura do paciente razoável deverá ser sempre o último recurso; o médico deve começar pelos elementos subjetivos disponíveis e só na ausência destes é que deverá socorrer-se do referido critério<sup>122</sup>.

A realização de campanhas de informação efetuadas pelos meios de comunicação social e médicos de família - enquanto profissional de saúde com quem a maioria dos indivíduos tem mais contacto - seriam benéficas para incentivar os cidadãos à outorga de diretivas antecipadas em matéria de cuidados de saúde ou nomeação de procurador de cuidados de saúde.

Com fontes fidedignas acerca dos desejos do paciente, como são os documentos outorgados de acordo com as formalidades previstas no artigo 3.º, da lei 25/2012, a tarefa do médico tornar-se-á mais simples e o recurso à figura do paciente razoável tenderá a diminuir personalizando-se, assim, os cuidados terapêuticos ministrados a doentes em situação de incapacidade, estejam ou não em fim de vida.

### **3.3 O consentimento antecipado**

Neste ponto da nossa investigação, entendemos ser importante focar a nossa atenção na vertente prévia do consentimento.

A manifestação antecipada de vontade no que a cuidados médicos diz respeito assenta, sobretudo, numa “reinvenção da doutrina do consentimento esclarecido segundo a qual o

---

<sup>121</sup> “Only if the patient’s prior expressions fail to provide a basis for decision - such as when the patient has never been competent (in which case speaking of prior autonomous expressions makes no sense) - should decisions be made in accordance with the alternative “best interests of the patient” standard”, cfr. OLICK, Robert S., *Taking Advance Directives Seriously Prospective Autonomy and Decisions Near the End of Life*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2001, pp.xiv.

<sup>122</sup> Exemplo flagrante do risco do recurso excessivo a elementos objetivos e à figura do paciente razoável é o caso das transfusões de sangue e hemoderivados; à partida, qualquer paciente razoável, perante a possibilidade de sobreviver mediante uma transfusão de sangue, consentirá com a sua prática. No entanto, tendo em conta que se trata de um consentimento presumido e o indivíduo se encontra em estado de inconsciência e não se pode manifestar de forma efetiva, o facto do médico não procurar ter em conta os elementos subjetivos daquele paciente em concreto - caso seja possível - poderá conduzi-lo a efetuar uma transfusão de sangue num enfermo Testemunha de Jeová que, em caso algum, consentiria com aquela prática.

consentimento não produz efeitos no imediato mas antes no futuro, mais ou menos próximo, isto é de um modo prospetivo”<sup>123</sup>.

O regime de eficácia das manifestações antecipadas de vontade, fruto da sua imaturidade jurídica, está ainda envolto em dúvidas.

Como consequência, existem divergências no seio da doutrina nacional; de um lado estão aqueles que defendem o valor meramente indicativo do testamento vital como Manuel da Costa Andrade<sup>124</sup>, Álvaro da Cunha Gomes Rodrigues<sup>125</sup>, João Vaz Rodrigues<sup>126</sup> e Helena Morão<sup>127</sup>, do outro, aqueles que creem na sua força vinculativa como Jorge de Figueiredo Dias<sup>128</sup>, Faria Costa<sup>129</sup> e André Dias Pereira<sup>130</sup>.

---

<sup>123</sup> NUNES, Rui, Estudo n.º E/17/APB/10 - Testamento Vital, Associação Portuguesa de Bioética, disponível in [http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento\\_vital.pdf](http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf).

<sup>124</sup> Vide 150.º (*Intervenções e Tratamentos Médico - Cirúrgicos*, in Comentário Conimbricense ao Código Penal, tomo I, Coordenação Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, pp. 302 a 313, 156.º *Intervenções e Tratamentos Médico - Cirúrgicos Arbitrários*, in Comentário Conimbricense ao Código Penal, tomo I, Coordenação Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999, pp. 377 a 393, Consentimento e Acordo em Direito Penal, reimpressão, Coimbra Editora, 2004.

<sup>125</sup> Cfr. *Consentimento Informado - Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico*, in Direito da Medicina I, Coimbra Editora, 2002.

<sup>126</sup> Vide *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, Coimbra Editora, 2001, pp. 369.

<sup>127</sup> Vide *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, 2007 pp. 134 e seguintes.

<sup>128</sup> Cfr. *Entrevista Jorge de Figueiredo Dias*, in O.A. Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 59, (24-28), outubro, 2009, pp. 27.

<sup>129</sup> Cfr. *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2009, pp. 792 a 794.

<sup>130</sup> Vide *Advance Directives: Binding or Merely Indicative? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulations in Europe* Journal of Health Law, 16, 2009, pp. 165 a 171, *O Consentimento Informado na Relação Médico - Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004.

Como já tivemos oportunidade de referir diversos ordenamentos jurídicos adotaram soluções variadas no que à eficácia das declarações antecipadas diz respeito; qual o mais adequado, não nos compete julgar<sup>131</sup>.

Entre nós, Guilherme de Oliveira e Helena Moniz referem que a eficácia vinculativa das diretivas antecipadas depende de diversos fatores como o grau de conhecimento sobre a enfermidade e correspondente evolução, o grau de participação de um profissional de saúde na aquisição dessa informação, o rigor com que foram descritos os métodos terapêuticos em causa, a data da redação do documento e demais circunstâncias que permitam avaliar o grau de convicção do outorgante<sup>132</sup>.

No seguimento do referido supra, sublinhamos o grau de conhecimento sobre a enfermidade e correspondente evolução, o grau de participação de um profissional de saúde na aquisição dessa informação, o rigor com que foram descritos os métodos terapêuticos em causa e a data da redação do documento.

Os citados elementos destacam a importância do dever de esclarecimento e da atualidade da vontade do enfermo<sup>133</sup>.

Na sequência de posições doutrinárias divergentes, surgem diferentes entendimentos na interpretação e aplicação do artigo 156.º, do CP.

---

<sup>131</sup> “Parece-nos que o modelo austríaco (...) que instituiu um sistema binário, deveria ser acolhido. Aí são permitidas quer as directivas vinculativas (como na Alemanha) quer as directivas não vinculativas (como em França). Mas para que a declaração antecipada de vontade seja vinculativa exige-se que esta seja precedida de uma consulta médica e que o testamento do paciente seja redigido e assinado perante Notário, Advogado ou uma Associação de pacientes. Este modelo aposta no chamado controlo através do procedimento (Habermas, Luhmann), ao impor uma consulta médica, que garante a informação e capacidade da pessoa, e a redação junto de um Notário (ou Advogado), por definição o garante da liberdade, neste caso da ausência de coacção no momento da emissão da declaração”, cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Valor do consentimento num estado terminal*, in Estudos de Direito da Bioética, vol. IV, coordenação Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, Edições Almedina, S.A., 2012, pp. 57.

<sup>132</sup> OLIVEIRA, Guilherme / MONIZ, Helena / PEREIRA, André, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico - Um anteprojecto de 2010*, in Separata de *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 9, n.º 18, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2012, pp. 24.

<sup>133</sup> “A crítica que normalmente se faz à força do testamento vital prende-se, sobretudo, com a distância temporal que intercede entre a verdadeira e real manifestação de vontade e o momento em que aquela precisa vontade vai ser percebida, interpretada e realizada”, cfr. COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 793.



Manuel da Costa Andrade - para quem a parte final do n.º 2, do artigo 156.º, do CP consagra uma clara manifestação do princípio *in dubio pro vita* da pessoa em estado de inconsciência - exige a demonstração clara, segura e precisa de que o consentimento, caso o paciente estivesse capaz, seria recusado<sup>134</sup>.

Assim, o médico incorrerá na prática de um crime de tratamento arbitrário, previsto e punido pelo artigo 156.º, do CP sempre que omitir o tratamento necessário - salvo se o tiver feito de acordo com a vontade do paciente, manifestada de forma expressa, livre e atual.

Para este Autor, a falta de atualidade do consentimento na sua forma antecipada<sup>135</sup>, não permite tomar em conta o desejo previamente expresso pelo paciente silencioso sempre que esteja em causa uma qualquer intervenção suscetível de lhe salvar a vida<sup>136</sup>; assim, o testamento vital seria dotado de eficácia meramente indicativa.

Teresa Quintela de Brito, perfilhando do entendimento de que o ilícito residente no artigo 156.º, do CP não visa resolver a contenda entre a vida, a integridade física, a saúde e a autonomia do paciente, mas sim evitar a instrumentalização do ser humano para efeitos de investigação, defende como inviável a cessação do dever de garante do médico ou a existência de “um consentimento presumido do doente no sentido da não preservação da sua existência”<sup>137</sup>.

A Autora crê que na ausência de uma vontade expressa, livre e atual do paciente, o médico deve sempre privilegiar o dever de agir em prol da vida humana<sup>138</sup>.

---

<sup>134</sup> Cfr. COSTA ANDRADE, Manuel, *Consentimento e Acordo em Direito Penal - Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004, pp. 452 a 458.

<sup>135</sup> Cfr. OLIVEIRA, Guilherme / MONIZ, Helena / PEREIRA, André, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico - Um Anteprojecto de 2010*, in Separata de *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 9, n.º 18, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2012, pp. 25.

<sup>136</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, “*Consentimento em Direito Penal Médico - O consentimento presumido*”, RPCC, 14 (1-2), 2004, pp. 144.

<sup>137</sup> Vide QUINTELA DE BRITO, Teresa, *Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares*, in *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Quintela de Brito, Teresa/ Saragoça da Matta, Paulo / Curado Neves, João / Morão, Helena, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp.55.

<sup>138</sup> Cfr. QUINTELA DE BRITO, Teresa, *Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares*, in *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Quintela de Brito, Teresa/ Saragoça da Matta, Paulo / Curado Neves, João / Morão, Helena, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp.57.

Para além dos pensamentos explanados, existem outras posições doutrinárias relativamente ao regime de eficácia do consentimento antecipado que têm em conta, para além o dever de garante, a eutanásia passiva.

Jorge de Figueiredo Dias entende que face à “renúncia de medidas suscetíveis de conservar ou de prolongar a vida de doentes moribundos, em coma profundo e irreversível ou em estados análogos”<sup>139</sup> estaremos perante um homicídio se existirem motivos seguros para presumir que a vontade do paciente é a da realização do tratamento, ou se o paciente o solicitar expressamente ao médico responsável<sup>140</sup>.

Assim, na ausência de uma vontade expressa (ou presumida) no sentido da conservação da vida, a eutanásia passiva não consubstancia uma ação típica de homicídio.

Deduzimos, da leitura e interpretação dos escritos de Jorge de Figueiredo Dias, que o Autor atribui eficácia vinculativa a outras manifestações de vontade do paciente que não apenas as atuais e efetivas.

Ainda no que ao conceito de eutanásia passiva concerne, o pensamento de José de Faria Costa assume posição de destaque pelo seu carácter verdadeiramente inovador.

O Autor define o homicídio como o “comportamento humano e voluntário” que “interrompe” ou encurta “de maneira jurídico - penalmente ilegítima, o normal decurso da vida”.<sup>141</sup>

Segue salientando o extraordinário aumento da esperança média de vida e a sua repercussão no significado ético - social da vida humana, admitindo a não punibilidade penal da eutanásia ativa desde que praticada por médico e enquanto ato médico, na sequência de um pedido sério, instante e expresso de um enfermo que se encontre na fase terminal de uma doença

---

<sup>139</sup> Cfr. QUINTELA DE BRITO, Teresa, *Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares*, in *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Quintela de Brito, Teresa/ Saragoça da Matta, Paulo / Curado Neves, João / Morão, Helena, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp.55.

<sup>140</sup> Vide FIGUEIREDO DIAS, Jorge, *Comentário Conimbricense*, Tomo I, pp. 13.

<sup>141</sup> Vide COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal in Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 760 e ss.

grave e incurável, a quem foram oferecidos cuidados paliativos e efetuados procedimentos que assegurem a seriedade da sua vontade.

Ao médico, deverá ser sempre assegurado o direito de objeção de consciência.

José de Faria Costa é responsável pela introdução de um novo conceito, que designa como “deixar de viver”, e que se encontra ancorado num desinteresse do próprio indivíduo em viver quando “a esperança de vida é nula, segundo os dados da ciência e a qualidade de vida atinge níveis de humilhação e sofrimento” para lá do razoável<sup>142</sup>.

Esta posição enaltece a importância da autonomia do paciente, do afastamento da dor e do sofrimento<sup>143</sup>.

André Gonçalo Dias Pereira<sup>144</sup> defendeu explicitamente a eficácia vinculativa do dissentimento expreso antecipadamente, desde que reduzido a escrito de forma rigorosa no que às terapêuticas rejeitadas concerne e precedido de esclarecimentos prestados por um médico.

O dever de esclarecimento é exigido pelo legislador nacional nos artigos 157.º, do CP, 44.º, do CDOM e 84.º, do Código Deontológico da Ordem dos Enfermeiros e encontra eco no artigo 5.º, da CDHB<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> Cfr. COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal in Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 794 a 795.

<sup>143</sup> No mesmo sentido QUINTELA DE BRITO, Teresa, *Eutanásia Activa e Directa e Auxílio ao Suicídio: Não Punibilidade*, in Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra, n.º 80, 2004, pp. 76 e 77.

<sup>144</sup> OLIVEIRA, Guilherme / MONIZ, Helena / PEREIRA, André, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico - Um anteprojecto de 2010*, Separata de *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 9, n.º 18, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2012, pp. 32; OLIVEIRA, Guilherme / MONIZ, Helena / PEREIRA, André, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico - Um Anteprojecto de 2010*, in Separata de *Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 9, n.º 18, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2012, pp. 39 e 56 a 61.

Em sentido contrário, RODRIGUES, João Vaz, *O consentimento informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra Coimbra Editora, 2011, pp. 366 a 370.

<sup>145</sup> “An intervention in the health field may only be carried out after the person concerned has given free and informed consent. This person shall beforehand be given appropriate information as to the purpose and nature of the intervention as well as on its consequences and risks. The person concerned may freely withdraw at any time” (artigo 5.º, da Convenção sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina).

Seguindo o exemplo de André Gonçalo Dias Pereira, também Vera Lúcia Raposo parece propugnar pela eficácia vinculativa das DAV's, considerando que o legislador impôs verdadeiramente o respeito pelo seu conteúdo<sup>146</sup>.

#### **4. O regime de eficácia do consentimento antecipado**

Cremos, efetivamente, que o regime de eficácia do consentimento antecipado é, e deve ser, vinculativo.

No entanto, reconhecemos que esta é uma posição não isenta de complexidade.

Na sequência da falta de atualidade e preenchimento do dever de esclarecimento (sempre que o outorgante, ao abrigo do disposto no artigo 3.º, n.º 2, da lei 25/2012, optar por não recorrer a informações prestadas por um profissional de saúde) cremos que a equiparação do consentimento antecipado ao efetivo não é possível.

Apesar de ambos constituírem manifestações de vontade referentes a cuidados de saúde, tratam-se de realidades diversas, que por esse motivo devem ser encaradas de forma diferente.

##### **4.1 O dever de esclarecimento**

De forma a cimentar a nossa posição relativamente ao regime de eficácia vinculativa do testamento vital, não podemos deixar de fazer novamente referência a André Gonçalves Dias Pereira<sup>147</sup>, aplaudindo a sua posição em relação àquele que considera ser o ordenamento jurídico com opções mais adequadas no que à outorga do testamento vital concerne, o austríaco, por acolher um sistema binário que permite ao outorgante a escolha do regime de eficácia que deseja ver aplicado às suas diretivas, por impor o preenchimento do dever de esclarecimento mediante consulta médica prévia e sujeitar a redação e assinatura do documento à presença de notário,

---

<sup>146</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coleção Vieira de Almeida e Associados, Sociedade de Advogados, R.L., Lisboa, Almedina, 2013, pp. 173.

<sup>147</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Valor do consentimento num estado terminal*, in Estudos de Direito da Bioética, vol. IV, coordenação Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Edições Almedina, S.A., Coimbra, abril de 2012, pp. 57.

advogado ou associação de pacientes, sempre que o objetivo seja dotar a diretiva de eficácia vinculativa.

A consulta médica prévia garante a informação e capacidade do outorgante e o mecanismo de redação, a liberdade e ausência de coação<sup>148</sup>.

De acordo com o artigo 3.º, n.º 1, da lei 25/2012, as diretivas antecipadas são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do RENTEV ou notário garantindo-se, assim, a liberdade e ausência de coação do outorgante<sup>149</sup>.

Caso o outorgante tenha recorrido à colaboração de um médico, a identificação e assinatura do profissional em causa podem constar do documento (artigo 3.º, n.º 2, da lei 25/2012).

Cremos que neste último aspeto e, tendo em conta o panorama europeu, o legislador nacional aproximou-se do modelo “hiper - autonomista alemão”<sup>150</sup> que confere valor vinculativo a uma declaração lavrada em documento escrito, sem consulta médica prévia.

À partida, uma decisão referente a cuidados de saúde é precedida de esclarecimentos prévios que garantem um pleno desenvolvimento da personalidade individual e da autodeterminação pessoal<sup>151</sup>.

---

<sup>148</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Declarações Antecipadas de Vontade: vinculativas ou apenas indicativas?* in Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias, volume IV, organização Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 823 a 831; *Advance Directives: Binding or Merely Indicative? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulation* in *European Journal of Health Law* 16, Number 2, 2009, pp. 165 a 171.

<sup>149</sup> “ (...) sólo puede ser eficaz en la medida en que el acontecimiento se presenta, según baremos normativos, aún como expresión de la autonomía del portador del bien jurídico, como realización de su libertad de acción (...), cfr. ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoría del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2000 (reimpresión), pp. 545.

<sup>150</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Valor do consentimento num estado terminal*, in Estudos de Direito da Bioética, vol. IV, coordenação Professor Doutor José de Oliveira Ascensão, APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Edições Almedina, S.A., Coimbra, abril de 2012, pp. 57

<sup>151</sup> Cfr. MONGE, Cláudia, *Das Directivas Antecipadas de Vontade*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014, pp. 107.

A própria Ordem dos Médicos preconizou no artigo 44.º, n.º 5 do CDOM e, no mesmo sentido do artigo 157.º, do CP, o dever do clínico prestar as informações necessárias ao paciente para que este possa ter uma visão clara da sua situação clínica e decidir de forma consciente.

No entanto, esta nova conceção de consentimento exige o recurso a pressupostos diversos dos habitualmente utilizados.

Enquanto manifestação de vontade em matéria de cuidados de saúde o testamento vital não é alheio à questão dos esclarecimentos médicos, suscetíveis de clarificarem diretivas, afastar receios infundados e influências indevidas, estimular a adoção de uma atitude racional e adequada quanto às terapêuticas selecionadas e rejeitadas e, em *ultima ratio*, erradicar diretivas antecipadas que apenas existem na sequência da falta de um prévio e correto esclarecimento.

E neste contexto é importante frisar a importância que este instrumento de manifestação antecipada de vontade em matéria de cuidados de saúde poderá vir a desempenhar no futuro, mercê da nova realidade médica que permite diagnósticos e prognósticos mais precoces e seguros, acompanhados de terapêuticas que podem ou não ser desejadas pelos pacientes.

Note-se que o envelhecimento da nossa sociedade e a medicalização da ancianidade têm influência no número de pessoas que necessitarão de uma intervenção médica num momento em que já não estejam capazes de decidir por si e para si.

Demonstrada a utilidade - e a necessidade - das diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde<sup>152</sup>, não podemos descurar o papel desempenhado pelos profissionais de saúde nos contextos aqui em análise.

---

<sup>152</sup> O testamento vital poderá vir a assumir um papel preponderante junto de indivíduos que, por motivos religiosos ou de consciência, desejam assegurar a recusa de determinados tipos de terapêuticas, caso se venham a encontrar em situação de incapacidade.

A autonomia do médico responsável pelo cumprimento dos desejos outorgados pelo paciente silencioso, que poderá ter optado por escolhas médicas com as quais o clínico não concorda ou acredita serem inadequadas ao caso concreto<sup>153</sup>, deve ser respeitada.

É importante que este novo modelo de autodeterminação do paciente não relegue o médico para um plano em que não detém qualquer poder decisório; transformar o clínico num mero executor dos desejos da pessoa doente não é um opção viável.

O médico e o paciente devem ser parceiros, sendo o dever de esclarecimento e a consequente obtenção de um consentimento verdadeiramente informado, manifestações claras dessa realidade.

Curiosamente, num texto atribuído a Hipócrates<sup>154</sup>, o grego recomendava que se dissesse ao incauto paciente o menos possível, que se distraísse a sua atenção do que se estava a fazer, que se ocultasse o máximo do seu estado e do seu futuro.

Este não é o entendimento atual<sup>155</sup>, que favorece a autonomia do paciente, permitindo que este decida ser ou não esclarecido relativamente ao seu estado clínico.

Neste sentido, o legislador pátrio parece ter seguido a posição do CNECV<sup>156</sup> que considerou aconselhável deixar o preenchimento do dever de esclarecimento ao critério do próprio paciente.

---

<sup>153</sup> “ (...) también debe ser respetada una “voluntad irrazonable” del portador del bien jurídico protegido (...) cuando aquélla es conocida o puede ser deducida (...)”, cfr. JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, quinta edición, corregida e ampliada, Granada, Editorial Comares, S.L., Diciembre 2002, pp. 416.

<sup>154</sup> *Sobre a Decência*.

<sup>155</sup> “ (...) já ninguém hoje defende um modelo paternalista para a actuação médica (...) o cuidado que hoje se convoca, para o mundo da medicina, está longe de poder ser exclusivamente percebido como o cuidado da exasperada conservação da vida (...) o que alterou substancialmente o sentido do acto médico foi a introdução, dentro da relação doente / médico, da ideia forte da autodeterminação do doente. Este deixou de ser entendido (...) como um sujeito meramente passivo (...) para passar a ser um detentor de direito (...) ao modelo paternalista sucede-se, em tempo de realização acelerada, o modelo de autonomia”, cfr. COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 792.

<sup>156</sup> “Deve igualmente ficar claro que qualquer pessoa capaz pode optar por não querer ser informada, sem que tal afete a validade da sua decisão”, cfr. Parecer n.º 59 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, sobre os projectos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade, dezembro de 2010.

Embora possamos afirmar que o aconselhamento médico prévio teria sido uma solução mais adequada, não podemos descurar as dificuldades de acesso a uma consulta médica em algumas regiões do país<sup>157</sup>.

A confiança que o legislador depositou no discernimento próprio do cidadão adulto e capaz não deve ser descurado, pelo que caso este último opte pelo não recurso a um profissional de saúde, a eficácia da sua vontade antecipada não deve ser colocada em causa.

Neste ponto do nosso manuscrito entendemos como adequado fazer um paralelismo entre as figuras do consentimento presumido e antecipado, na medida em que em ambos os casos o indivíduo titular dos interesses jurídicos em questão não se encontra em condições de receber qualquer informação ou manifestar a sua vontade, alicerçando-se o ato médico na sua vontade hipotética.

Pela incapacidade do paciente, pela ausência de esclarecimentos médicos e da consequente anuência ou recusa do enfermo, a figura do consentimento antecipado não se distancia muito da sua forma presumida - embora a manifestação antecipada de vontade tenha a vantagem de se fazer acompanhar de um documento formal, outorgado perante notário ou funcionário devidamente habilitado para o efeito, que assegura a capacidade e a liberdade do outorgante.

Cremos que o legislador, ao conceder ao outorgante a hipótese de recorrer, ou não, a esclarecimentos médicos, destacou a sua autodeterminação pessoal<sup>158</sup> e tentou conceder ao paciente titular do consentimento antecipado os mesmos direitos daquele que o exerce de forma efetiva, uma vez que neste último caso, também assiste ao paciente o direito a ser esclarecido ou “a - não - saber”<sup>159</sup>.

---

<sup>157</sup> No mesmo sentido, PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª edição, fevereiro de 2015, pp. 596.

<sup>158</sup> Talvez em demasia como dirão alguns autores; a título de exemplo, OSSWALD, Walter, *Limites do Consentimento Informado* in Estudos de Direito da Bioética, Volume III, pp. 154.

<sup>159</sup> “However, anyone who concludes that only enlightened patient is able to make use of the right of self-determination in a meaningful way, and stipulates a medical consultation as a condition of the binding nature of an advance directive, ignores the fact that the right of self-determination also includes the freedom of choosing not to be informed”, cfr. KAUFEL, Michael, *Advance Directives - The Reform Debate in Germany* in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma perspectiva Integrada, Coimbra, Coimbra Editora, dezembro de 2010, pp. 262.



No que aos receios anteriormente manifestados por nós no que à posição do médico concerne, o legislador teve o cuidado de não o transformar num mero executor da vontade do paciente mediante a inclusão dos artigos 5.º, 6.º, n.º 2 e n.º 4.º, e 9.º, todos da lei 25/2012, permitindo o não cumprimento das diretivas outorgadas pelo paciente, sempre que tal se justifique.

Desta forma o médico mantém a sua autonomia científica e profissional e não está vinculado ao cumprimento de diretivas que possam atentar contra a sua consciência ética e pessoal.

#### **4.2 A atualidade**

Também habitualmente exigida pela lei e pela doutrina clássica para a eficácia do consentimento, a atualidade está totalmente ausente no testamento vital.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 1, da lei 25/2012 o documento de diretivas antecipadas de vontade é eficaz por um prazo de cinco anos a contar da sua assinatura.

O prazo estipulado trata-se de uma opção legislativa com a qual se pode concordar ou discordar<sup>160</sup>, mas a falta de atualidade é uma característica muito própria do consentimento antecipado, cuja essência - e riscos - nem o legislador conseguiu dirimir.

A eficácia vinculativa das diretivas antecipadas de vontade é frequentemente atentada por causa do requisito da atualidade; a doutrina clássica considera que a falta de atualidade não permite tomar em conta a diretiva antecipada.

---

<sup>160</sup> Em dezembro de 2010, o CNECV, no seu parecer n.º 59 sobre os projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade recomendou a atualização do testamento vital de cinco em cinco anos, sugestão que parece ter sido seguida pelo legislador nacional.

Ora, recorrendo mais uma vez à sapiência de André Gonçalo Dias Pereira, “haverá algum fundamento legal para afirmar que há uma presunção de que o paciente muda de opinião quando fica inconsciente?”<sup>161</sup>

Não podemos deixar de reconhecer que as diretivas antecipadas apenas permitem conhecer, sem margem para dúvidas, os desejos do paciente silencioso no momento da outorga.

Mas também não podemos deixar de sublinhar que no consentimento presumido, a única vontade que se conhece de forma inequívoca é, também, a anteriormente manifestada pelo paciente.

Para além do não preenchimento do dever de esclarecimento que já tivemos oportunidade de referir supra, acresce às semelhanças entre as formas presumida e antecipada de manifestação de vontade o lapso temporal que no n.º 2, do artigo 156.º, do CP não retira qualquer legitimidade à intervenção médica.

Assim sendo, cremos que só nos casos de consentimento efetivo é que os requisitos do esclarecimento e da atualidade poderão ser verdadeiramente exigidos.

Neste sentido, e de forma a minimizarmos a importância do princípio da atualidade, não podemos deixar de referir duas situações práticas em que o dito requisito é descurado.

No âmbito dos serviços prestados pelo Serviço Nacional de Saúde muitos utentes prestam o seu consentimento prévio para a prática de intervenções de cariz médico - cirúrgico, que nem sempre é renovado no momento da sua realização<sup>162</sup>; o requisito da atualidade é ignorado sem que a eficácia do consentimento do paciente seja colocada em causa.

Situação idêntica encontramos na ordem de não reanimar; a reanimação cardiopulmonar surgiu nos anos sessenta do século passado para reverter paragens cardíacas.

---

<sup>161</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª edição, fevereiro de 2015, pp. 582.

<sup>162</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Directivas antecipadas de vontade: em busca da lei perdida*, in Revista do Ministério Público, janeiro/março, 2011.pp. 180.

Inicialmente o fundamento utilizado para a reanimação era o doente ser recuperável, mas na sequência de constantes avanços científicos rapidamente resvalou para uma terapêutica sistemática e indiscriminada de todos os doentes em paragem cardio respiratória<sup>163</sup>.

Para ultrapassar os problemas éticos que foram acompanhando a constante evolução das ciências médicas - entre os quais a determinação de morte cerebral e a legitimidade para iniciar ou suspender os meios de manutenção das funções vitais - a comissão de cuidados intensivos do Hospital Geral de Massachussets definiu, em 1970, o conceito de decisão de não reanimar (DNR) que culminou, em 1974, com a proposta de uma política de DNR pela Associação Americana de Cardiologia<sup>164</sup>.

No mesmo sentido, o CNECV, no seu parecer 11/95 sobre os aspetos éticos dos cuidados de saúde relacionados com o final de vida, estipulou que relativamente à DNR é “ética a interrupção de tratamentos desproporcionados e ineficazes mais ainda que causam incómodo ou sofrimento ao doente, pelo que essa interrupção, ainda que vá encurtar o tempo de vida, não pode ser considerada eutanásia”<sup>165</sup>.

A DNR é uma clara manifestação de autodeterminação por parte do paciente e implica a intenção de renunciar a ressuscitação cardiopulmonar em caso de paragem cardíaca - não contemplando qualquer limitação relativamente a outras terapias.

Num contexto ideal, o prognóstico, possibilidades de recuperação e respetivos limites são discutidos entre o paciente e o profissional de saúde responsável pela administração dos seus cuidados de saúde; é uma decisão tomada pela pessoa doente, com a colaboração estreita do seu médico no que ao dever de esclarecimento diz respeito.

---

<sup>163</sup> Neste sentido, ALMEIDA, Gisela Patrícia, Duarte de, *Direitos Humanos em Fim de Vida - Decisão de Não Reanimar*, ensaio elaborado sob orientação da Professora Doutora Helena Pereira de Melo no âmbito do 11.º Curso de Pós - Graduação em Direitos Humanos, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, junho de 2009, pp. 11.

<sup>164</sup> Cfr. ALMEIDA, Gisela Patrícia Duarte de, *Direitos Humanos em Fim de Vida - Decisão de Não Reanimar*, ensaio elaborado sob orientação da Professora Doutora Helena Pereira de Melo no âmbito do 11.º Curso de Pós - Graduação em Direitos Humanos, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, junho de 2009, pp. 12.

<sup>165</sup> Vide [http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/90DB475C-F2A1-40DF-B905-974C9665FDB3/0/P011\\_FinalDaVida.pdf](http://www.cneqv.gov.pt/NR/rdonlyres/90DB475C-F2A1-40DF-B905-974C9665FDB3/0/P011_FinalDaVida.pdf)

No entanto, a DNR será aplicada num momento posterior, em que o paciente já não estará em condições de tomar qualquer decisão ou expressá-la.

Num contexto mais complicado, o paciente e o médico não tiveram oportunidade de conferenciar sobre as opções disponíveis; assim, para além da falta de atualidade encontramos também uma total ausência do dever de esclarecimento, desejável em qualquer situação clínica.

A DNR, apesar da sua conotação negativa - ligada à ideia de que os profissionais de saúde optaram por nada fazer pelo paciente - é, na realidade, uma medida humanitária que permite uma morte natural.

Face a estes dois exemplos - em que independentemente da ausência dos requisitos necessários à existência de um consentimento válido e eficaz os profissionais de saúde atuam com base nos seus conhecimentos médicos e na existência de um consentimento prévio ou presumido do paciente (artigos 39.º e 156.º, n.º 2, CP) - há que efetuar um processo de adaptação e interpretação de forma a reconhecer os traços individuais que fazem das diretivas antecipadas de vontade uma forma de manifestação de vontade diferente das já existentes.

Concluimos que os pilares do consentimento antecipado não poderão ter a intensidade usual da sua versão efetiva, e fazendo uso das doudas palavras de André Gonçalo Dias Pereira no que ao último requisito analisado concerne, “o conceito de atualidade da recusa deve ser vista como um conceito lógico e não cronológico” favorecendo, assim, a revisão da doutrina clássica do consentimento e, consequentemente, “aceitar a validade e eficácia de um consentimento antecipado”<sup>166</sup>.

## **5. *Quid Juris?***

De acordo com a deontologia médica os clínicos devem agir em consonância com os “melhores interesses dos pacientes”, especialmente dos incapazes de manifestar a sua vontade,

---

<sup>166</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias Pereira, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª edição, fevereiro de 2015, pp. 583.

optando pela solução que aqueles tomariam caso estivessem em condições de o fazer<sup>167</sup>, incentivando os clínicos a conhecer os entes queridos do paciente silencioso, o seu projeto de vida, interesses, ambições e valores pessoais, de forma a que a decisão seja o mais conforme possível com a real vontade daquele indivíduo em particular.

O artigo 9.º, da Convenção de Oviedo - ratificada pelo Decreto do Presidente da República n.º 1/2001, de 3 de janeiro, publicado em *Diário da República*, I Série - A, n.º 2/2001 - adverte para a importância da vontade anteriormente manifestada pelo paciente, que deverá ser tida “em conta”<sup>168</sup>, o artigo 6.º, da lei 25/2012, de 16 de julho<sup>169</sup> vincula o profissional de saúde ao respeito pelo conteúdo da DAV do paciente, desde que tenha conhecimento da sua existência<sup>170</sup> e o artigo 46.º, n.º 2 do CDOM, propugna que o médico deverá “ter em conta” a DAV “quando aplicável à situação em causa”<sup>171</sup>.

Infelizmente, estas e outras disposições legais pouco claras permitem que “cada um interprete como quer, a diretiva antecipada, atribuindo-lhe, ou não, carácter imperativo”<sup>172</sup>.

Dúvidas não existem que os profissionais de saúde são obrigados a considerar o testamento vital quando tenham conhecimento da sua existência mas, para fundamentarmos o seu efeito vinculativo, teremos de ir mais longe.

Quanto ao não preenchimento do dever de esclarecimento, cremos ter deixado assente que tal raciocínio se fundamenta no reconhecimento da autodeterminação plena do outorgante.

---

<sup>167</sup> Cfr. artigo 46.º, n.º 4, do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

<sup>168</sup> Vide GONÇALVES, Daniel Torres, *Directivas Antecipadas de Vontade - Conceito*, in <http://www.mtfg.pt/blog/diretivas-antecipadas-de-vontade-conceito>.

<sup>169</sup> Expressamente designado “eficácia do documento”.

<sup>170</sup> Salvo as exceções do n.º 2, do mesmo artigo.

<sup>171</sup> Podia ainda ser feita referência à Recomendação REC (1999) 4 do Comité de Ministros do Conselho da Europa aos Estados Membros sobre *Principles Concerning the Legal Protection of Incapable Adults*, à Recomendação REC (2009) 11 do Comité de Ministros dos Conselho da Europa aos Estados Membros sobre *Continuing Powers of Attorney and Advance Directives for Incapacity* (adoptada em Dezembro de 2009) e respetivo Memorando Explanatório (*Explanatoru Memorandum*).

<sup>172</sup> Cfr. SILVA, Miguel Oliveira, presidente do Conselho Nacional para as Ciências da Ética e da Vida, in *Diário de Notícias online* ([http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=2721699&page=-1](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2721699&page=-1)).

Mais entendemos, que a existirem esclarecimentos médicos numa situação de manifestação antecipada de vontade, nunca poderão ter a intensidade e clareza verificadas numa situação de consentimento efetivo em contexto atual, não só pela constante evolução das ciências médicas mas também por eventuais particularidades do próprio paciente - mor da sua genética e condições de vida - que podem alterar informações normalmente associadas a uma determinada patologia ou até mesmo por não corresponderem ao cenário clínico que efetivamente acabou por se verificar e por isso, desprovidas de utilidade.

No que ao requisito da atualidade concerne, numa manifestação prospetiva de vontade nunca poderá estar preenchido, sob pena de anular o seu caráter antecipado.

Como já tivemos oportunidade de referir, a robustez das declarações antecipadas de vontade é questionada por causa do lapso temporal que decorre desde a tomada da decisão até ao momento em que se revela necessário o ato médico.

Efetivamente, o ser humano é inconstante, sempre sujeito a mudanças que têm impacto nas suas decisões - mesmo no que a aspetos nucleares da sua vida concerne.

Alarmados por essas constantes alterações, os mais cuidadosos, que pautam pela defesa de um regime de eficácia meramente indicativo do testamento vital, suportam os seus argumentos no facto de o paciente mudar de opinião e não poder verbalizar, sujeitando-se assim à prática de atos médicos com os quais já não concorda.

Apesar das constantes alterações ao longo da vida de cada ser humano, no decurso das nossas pesquisas não encontramos qualquer demonstração empírica de que o confronto com a morte ou o estado de inconsciência alterem radicalmente as convicções e desejos pessoais do ser humano.

No entanto, também não acreditamos que este seja imune ao término da sua própria existência<sup>173</sup>; por se tratar de uma experiência eminentemente pessoal, o percurso final de qualquer indivíduo deverá ser vivido de acordo com os seus próprios ideais.

É hábito citar, quando são abordadas as questões éticas da morte, o estudo pioneiro de Elizabeth Kubler-Ross<sup>174</sup>, e consequentemente generalizar o paradigma oncológico descrito pela psiquiatra suíço - americana que consiste em cinco fases que se percorre desde a revelação do diagnóstico até à morte; negação e isolamento, revolta, negociação, depressão e aceitação.

Aparentemente, “quando adequadamente preparada e acompanhada por profissionais competentes, a morte é aceite com resignação, o que, de facto, nem sempre sucede”<sup>175</sup>.

E embora seja de promover a medicina paliativa, enquanto abordagem que visa melhorar a qualidade de vida dos doentes e respetivas famílias, a verdade é que há diversas maneiras de morrer e de encarar a morte e, nem todas seguem à risca o modelo Kubler-Ross.

“As trajectórias do declínio funcional até à morte são muito diferentes: no cancro, a deterioração final é bastante rápida; na falência de múltiplos órgãos e sistemas, por exemplo, por doença cardíaca, o curso é marcado por agravamentos e recuperações, num declive relativamente arrastado; na demência, a fragilidade terminal inicia-se num nível funcional inferior e vai descendo progressivamente até à morte”<sup>176</sup>.

---

<sup>173</sup> “Saber se é do melhor interesse de uma pessoa que a sua vida termine de uma maneira ou de uma outra depende de tantos aspectos que são importantes para ela - da forma e carácter da sua vida e do seu próprio sentido da integridade e interesses críticos -, que não se pode esperar que alguma decisão colectiva uniforme sirva para todos, nem sequer com um grau mínimo de decência” Cfr. SANTOS, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital O que é? Como elaborá-lo?*, Porto, Sextante Editora, 2011, pp. 96, em referência direta a Ronald Dworkin, *Life's Dominion, An argument about abortion and euthanasia*, Londres, Harper Collins Publishers, 1993.

<sup>174</sup> KUBLER-ROSS, *Sobre a morte e o morrer*, 1981, São Paulo, Martins Fontes; KUBLER-ROSS, *Morte: estágio final da evolução*, Rio de Janeiro, Record, 1975; KUBLER-ROSS, *A roda da vida*, Rio de Janeiro, Sextante, 1998; KUBLER-ROSS, *Os segredos da vida*, Rio de Janeiro, Brasil, Sextante, 2004.

<sup>175</sup> ANTUNES, João Lobo, *A Nova Medicina*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, janeiro de 2012, pp. 57.

<sup>176</sup> Cfr. ANTUNES, João Lobo, *A Nova Medicina*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, janeiro de 2012, pp. 58.

Perante os cenários supra descritos (e outros) é compreensível querer planear os cuidados de saúde que se deseja usufruir ou repudiar numa eventual situação de incapacidade<sup>177</sup>.

Tratam-se de eventos nas nossas vidas, principalmente quando assistimos à morte de entes queridos por patologias de herança genética, que nos levam a pensar cuidadosamente nas decisões que pretendemos tomar e em como queremos viver os nossos últimos momentos.

## **6. O princípio da autonomia prospetiva<sup>178</sup>**

“A escolha efetiva pelo paciente tem vindo a ganhar espaço de atuação na medida em que se ultrapassem as barreiras colocadas pelo requisito de atualidade do consentimento. Neste sentido, ganha cada vez mais força a tese segundo a qual a vontade anteriormente expressa pelo paciente deve ser tomada em consideração e é mesmo o melhor referente para a decisão terapêutica, advogando-se a autonomia prospetiva”<sup>179</sup>.

Inicialmente negada aos pacientes incapazes, a autonomia é-lhes hoje amplamente reconhecida e impede que as suas decisões em matérias de cuidados de saúde sejam tomadas por médicos, tutores, cuidadores ou representantes legais<sup>180</sup>.

---

<sup>177</sup> “(...) Perante uma tal doença incurável, sem dúvida de evolução fatal (...) é quase sempre desumana revelar a exacta verdade (...) Este homem (...) que morrerá dentro de anos (...)manterá a moral e a coragem, se (...) souber que está condenado? (...) É dever, primeiro do médico empregar todos os meios terapêuticos de que dispõe (...) se o perigo aumenta, o doente deve ser avisado, afim de que possa (...) preparar-se para a morte (...) mas, mesmo nesta última hora, é possível, apesar de tudo, não matar a esperança (...)”, Cfr. JANUÁRIO, Rui e FIGUEIRA, André in *O Crime de Homicídio a Pedido Eutanásia Direito a Morrer ou Dever de Viver*, Lisboa, *Quid Juris* Sociedade Editora, 2009, pp. 88, referindo-se às palavras de Paul Van Gehuchten.

<sup>178</sup> “Prospective autonomy (or future-oriented autonomy) - as opposed to contemporary autonomy or simply autonomy - means having a view now toward what will happen in the future. The core meaning of the term (...) is the idea of making plans and taking actions today that are intended to bring about a statue of affairs sometime down the road (...) A prospectively autonomous advance directive expresses in writing a personal plan for the dying process that is intended to control the course of care at a time of future decisional incapacity”, cfr. OLICK, Robert S., *Taking Advance Directives Seriously Prospective Autonomy and Decisions Near the End of Life*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2001, pp. xv.

<sup>179</sup> Cfr. PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª edição, fevereiro de 2015, pp. 570.

<sup>180</sup> “For competent patients, autonomy and self-determination find expression in the ethical and legal doctrine of informed consent, which encompasses the right of refuse unwanted life-sustaining medical interventions when such patients are seriously ill and dying. This same principle has been extended to decision making for incompetent patients, on the premise that the right of self-determination in matters of medical treatment should not be lost or impeired when one is no longer able to personally exercise that right”, cfr. OLICK, Robert S., *Taking Advance Directives Seriously Prospective Autonomy and Decisions Near the End of Life*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2001, pp xiii.



Na falta de uma decisão livre, atual e esclarecida, e tendo em conta a forte componente pessoal das decisões médicas, a solução para estes casos não pode assentar em critérios objetivos; as respostas terão sempre de ser individuais, até porque o progresso médico - tecnológico<sup>181</sup> e o consequente aumento da esperança média de vida<sup>182</sup>, deram origem a situações<sup>183</sup> cuja aceitação por parte dos pacientes dependerá única e exclusivamente dos seus valores e convicções pessoais.

Assim, com o intuito de diminuir o número de decisões médicas tomadas com base em critérios objetivos e na figura do paciente razoável, o recurso às diretivas antecipadas de vontade permitem soluções subjetivas e eminentemente pessoais, uma vez que mesmo na ausência de familiares ou outras formas de obtenção de informação sobre o projeto de vida do paciente, o médico tem, através de um documento devidamente formalizado, acesso aos desejos e decisões da pessoa doente.

Convém sublinhar que não ignoramos as dificuldades de elaboração de diretivas antecipadas<sup>184</sup>, nomeadamente em termos de ambiguidade interpretativa e possíveis conflitos com as práticas médicas usuais<sup>185</sup>.

Mais, reconhecemos que legitimar a autonomia prospectiva e conceder eficácia vinculativa às diretivas antecipadas de vontade implica a assunção de sérios riscos, porque quando já não estiver capaz, o outorgante pode mudar de opinião relativamente a determinados

---

<sup>181</sup> De que são exemplos clássicos os mecanismos capazes de restaurar ou manter funções vitais ou a transplantação de órgãos.

<sup>182</sup> “Não temos a menor dúvida em afirmar que a grande transformação que se operou, nestes últimos decénios, no que se refere à vida humana, se prende com o fantástico aumento da esperança de vida. Vive-se durante mais tempo. A vida humana tende a alongar-se quase que para “tempos bíblicos”, graças às melhores condições básicas da vida, à descoberta dos antibióticos, às transplantações mas, sobretudo, ao extraordinário desenvolvimento da medicina quando olhada no seu todo”, cfr. COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal, in Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 769.

<sup>183</sup> A título de exemplo, inconsciência, baixa qualidade de vida, maior predominância de doenças crónicas, degenerativas e incapacitantes.

<sup>184</sup> Neste sentido o CNECV reconheceu a existência de “declarações antecipadas de vontade imprecisas ou ambíguas” que possivelmente conduziram a “dúvidas interpretativas” recomendando a “recolha da história de valores” do paciente *in* Parecer n.º 59, sobre os projetos de lei relativos às declarações antecipadas de vontade.

<sup>185</sup> Traduzido através do dissentimento do paciente relativamente a determinada intervenção de cariz terapêutico, mas também através de exigências para que sejam feitos todos os esforços possíveis e necessários à manutenção da vida, levando a situações suscetíveis de consubstanciar práticas de encarniçamento terapêutico, condenadas pela medicina, cfr. artigo 5.º, n.º 1 e n.º 3, 31.º, 35.º, n.º 1, 58.º e 59.º, todos do Código Deontológico da Ordem dos Médicos.

tratamentos médicos ou mecanismos de diagnóstico sem poder alterar a sua diretiva antecipada ou pronunciar-se<sup>186</sup>.

No entanto, cremos que o nosso legislador tomou em consideração as circunstâncias supracitadas, estipulando a renovação periódica das diretivas e prevendo exceções ao cumprimento das mesmas, nomeadamente quando se demonstre que o paciente não desejaria manter as decisões tomadas, exista uma desatualização da vontade face ao progresso dos meios terapêuticos verificados no decorrer do lapso temporal em questão ou as decisões tomadas não correspondem às circunstâncias de facto previstas aquando da outorga.

Situações como o eminente nascimento de um neto que o paciente sempre desejou ou a morte recente do cônjuge podem ser indícios de que o paciente não deseja a manutenção da vontade antecipadamente manifestada ou que as circunstâncias de facto previstas aquando da outorga já não existem.

Mesmo assim, apesar das precauções tomadas pelo legislador, mantém-se uma margem de risco que face ao carácter antecipado do ato não pode ser eliminada<sup>187</sup>.

Exercer a autonomia em matéria de cuidados de saúde de forma prospetiva garante o respeito pelas escolhas, carácter, modo de vida e, em *ultima ratio*, pelo conceito pessoal de dignidade.

Em contrapartida, retira aos familiares do paciente o fardo de ter de auxiliar os profissionais de saúde a determinar qual seria a sua vontade, assumindo o risco de não ser exatamente a desejada.

---

<sup>186</sup> Como escreveu o Juiz William J. Brennan no voto de dissidência que elaborou acerca do caso Nancy Cruzan - quando este foi apreciado pelo Supremo Tribunal de Justiça norte-americano - a assunção de riscos faz parte do cálculo a efetuar entre a vida e a morte e pertence à própria pessoa e não ao corpo médico ou ao Estado, cfr. SANTOS, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital O que é? Como elaborá-lo?*, Porto, Sextante Editora, 2011, pp. 97 e 98.

<sup>187</sup> Reconhecendo os riscos - e como método preventivo - o formulário holandês referente à formulação de diretivas antecipadas - disponibilizado pela associação *right-to-die* NVVE (*Dutch Voluntary Euthanasia Association*) - inclui uma nota de aceitação de risco referente à possibilidade de mudança de opinião no momento concreto em que o profissional de saúde concretiza a vontade manifestada anteriormente. Cfr. SANTOS, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital O que é? Como elaborá-lo?*, Porto, Sextante Editora, 2011, pp. 97.

Do lado dos profissionais de saúde o entendimento de que o testamento vital é dotado de eficácia vinculativa implica a responsabilização daqueles nos termos do artigo 156.º, do CP - salvo se no melhor interesse do paciente e face à verificação das circunstâncias excepcionais previstas pelo legislador na lei 25/2012, existam motivos preponderantes que justifiquem o não cumprimento dos desejos previamente estipulados pela pessoa doente.

Poderão os mais críticos apontar aqui o desrespeito pelos princípios da beneficência e da não maleficência<sup>188</sup>, que vinculam o profissional de saúde a agir sempre em prol do paciente evitando danos intencionais e aliviando o seu sofrimento.

Mas agir de acordo com o bem estar do paciente significa zelar pelo seu bem estar físico<sup>189</sup>, mental e social<sup>190</sup> e nesse sentido, o respeito pelos seus valores, opções pessoais e vida biográfica assumem papel de destaque<sup>191</sup> no conteúdo dos princípios supra.

Mais, as ciências médicas evoluíram de tal forma que será necessário reformular o conceito de ato médico e, talvez os princípios que o dominam.

Dada a longevidade atual da vida humana nas sociedades ocidentais o médico não pode continuar limitado a “prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal ou perturbação mental”<sup>192</sup>.

Para além dos atos referidos supra, levados a cabo sempre com respeito pelas *leges artis* o médico, em determinados casos, terá de reconhecer que mais nada há a fazer - sob o ponto de

---

<sup>188</sup> Para além dos princípios da beneficência e da não maleficência, estão associados à medicina, enquanto princípios éticos, a justiça e a autonomia do paciente.

<sup>189</sup> “(...) se o acto médico é um acto de “cura” é também indesmentível que é preciso, hoje, perceber o que se entende por “curar”. Curar não é seguramente, todos o dizem, levar a cabo uma exasperação ou encarniçamento terapêuticos. Mas curar é, nos nossos dias, por exemplo, levar a cabo cuidados paliativos. Cuidados que, pela sua própria natureza, estão nos antípodas daquilo que se possa considerar como preservação da vida. A medicina sabe, (...) que em muitas circunstâncias nada mais há a fazer”, cfr. COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 798.

<sup>190</sup> No mesmo sentido, a Organização Mundial de Saúde define a saúde como “um estado de completo bem - estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doenças” in <http://pt.wikipedia.org/wiki/Saúde> .

<sup>191</sup> “Porque relativamente às pessoas físicas somos incapazes de conceber uma pessoa sem vida fisiológica, para além de que, simultaneamente, é inconcebível uma vida humana que não seja pessoa”, cfr. COSTA, José de Faria *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora . 2013, pp. 776.

<sup>192</sup> Nos termos do artigo 150.º, n.º 1, do CP.

vista clínico - e dedicar-se a outras tarefas igualmente nobres como manter o conforto e a dignidade do paciente em final de vida, de acordo com a visão do próprio.

Só assim concebemos os princípios éticos da beneficência e da não maleficência face a esta nova medicina que continua a evoluir e a surpreender-nos.

Remontando aos gregos antigos e à distinção entre vidas biográfica e biológica - que assenta no “simples facto de viver, comum a todos os seres vivos (animais, homens ou deuses) (...)”, e (...) na “maneira de viver própria de cada indivíduo (...)”<sup>193</sup> - e, seguindo o entendimento preconizado por James Rachels<sup>194</sup>, os seres humanos não se limitam a estar vivos no sentido de terem um organismo que funciona biologicamente, têm também uma vida biográfica que a incapacidade não anula.

## **7. O artigo 156.º, do Código Penal**

Este entendimento tem repercussões na interpretação e aplicação do artigo 156.º, do CP, mas antes de as analisarmos vejamos a *ratio* deste dispositivo legal.

Nos termos do artigo 156.º, n.º 1, do CP as pessoas indicadas no artigo 150.º, que em vista das finalidades nele apontadas realizem intervenções sem consentimento do paciente, são punidas com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

Esta norma sublinha a autodeterminação do paciente; assim, mesmo que o médico atue no sentido de minorar sofrimento ou até salvar a própria vida da pessoa doente, a ausência de consentimento deste último representa um claro atentado à sua liberdade pessoal.

---

<sup>193</sup> Cfr. SANTOS, Laura Ferreira dos, *Posso dispor da minha vida?*, in [www.publico.pt/opiniao/jornal/posso-dispor-da-minha-vida-26960938](http://www.publico.pt/opiniao/jornal/posso-dispor-da-minha-vida-26960938).

<sup>194</sup> RACHELS, James, *The end of life. Euthanasia and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

Outro entendimento não seria possível, porque caso o legislador tivesse optado por preconizar a intervenção médica em quaisquer circunstâncias, estaria a facilitar comportamentos abusivos como os de obstinação terapêutica<sup>195</sup> ou de experimentação em humanos.

Mais, as opções legislativas estão em harmonia com os instrumentos internacionais já passados em revista.

Neste sentido, perante a recusa do paciente face a um determinado ato terapêutico, o médico deve apenas manter os cuidados básicos e essenciais à diminuição da dor e mau-estar do enfermo, cuidando pelo seu conforto e dignidade.

### **Conclusões**

No início deste nosso trabalho propusemos a discussão do regime de eficácia das diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde e respetivo impacto na interpretação do ilícito previsto e punido pelo artigo 156.º, n.º 1, do CP.

Para esse efeito tivemos em conta as respostas encontradas noutros ordenamentos jurídicos e as posições doutrinárias referentes à figura do consentimento.

A questão que nos propusemos analisar coloca em confronto bens jurídicos protegidos constitucional e internacionalmente como a vida, a integridade física e moral, a saúde, a autodeterminação<sup>196</sup>, a liberdade de dispor do próprio corpo e a dignidade da pessoa humana e tem em conta os diversos princípios de natureza ética que têm vindo a reger a medicina como a

---

<sup>195</sup> “ (...) prática recente, atribuída aos pecados da nova medicina, ao orgulho e à arrogância de alguns médicos. Os médicos sempre se esforçaram por prolongar a vida, por inflectir o prognóstico de uma doença fatal, experimentando uma e outra terapêutica nova (....) De modo diferente, a obstinação terapêutica é, num horizonte sem esperança, a perseguição insensata de um retorno impossível, cientificamente indemonstrável, ao estado de saúde. Nessas situações, na ausência de critérios científicos seguros e, ao arrepio dos mais elementares princípios de razoabilidade e da prudência no uso dos meios, doentes terminais são tratados em vão, submetidos a perfumes, impregnados com doses tóxicas de medicamentos que lhes agravam o sofrimento e os afastam, em sobressalto, de uma verdade inelutável.”, cfr. SOARES, Jorge, *Mors Certa, Hora Incerta (ou Hora Certa), Valores, Direitos, Escolhas*, in *As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, organização José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho, Coimbra, Coimbra, Editora, dezembro de 2010, pp.185.

<sup>196</sup> “ (...) assenta na ideia de que é o sujeito e só o sujeito que, em auto-reflexão, deve encontrar o seu modo de estar e viver consigo mesmo e, sobretudo, deve ser também a única instância decisória do seu comportamento com os outros” cfr. COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, pp. 778.

beneficência, a não maleficência, a justiça, a autonomia do paciente, a verdade e a confidencialidade.

O artigo 18.º, da CRP, o princípio da proporcionalidade, o respeito pela lei e pela intangível dignidade da pessoa humana incentiva-nos a equilibrar os diferentes valores em confronto.

As situações vividas diariamente pelos clínicos têm múltiplos interesses e valores conflitantes como os dos familiares dos doentes, das seguradoras de saúde e dos hospitais; importante é não olvidar os interesses do principal interveniente, o paciente.

Embora o consentimento efetivo e atual tenha dominado a prática médica desde o fim daquela que ficou conhecida como a era da medicina paternalista, a evolução das ciências médicas<sup>197</sup> deu origem a situações novas, como pacientes em estados vegetativo persistente ou de terminalidade, que exigem respostas legais urgentes.

Com múltiplas possibilidades oferecidas por esta nova medicina é aconselhável acautelar o futuro no que a cuidados de saúde - conformes com os valores pessoais de cada um - concerne.

Assim, para além dos consentimentos efetivo e presumido, é necessária uma nova forma de manifestação de vontade que permita a estipulação prospetiva de cuidados médicos e mantenha a pessoalidade e individualidade de cada paciente.

Por não preencher dois dos requisitos habitualmente exigidos para a formação de um consentimento válido e eficaz, a manifestação prévia de vontade não poderá ser verdadeiramente equiparada à clássica figura do consentimento.

---

<sup>197</sup> “Em Portugal, a esperança de vida, em termos de probabilidades, quer ao nascer como aos 65 anos de idade, atingiu níveis que (...) refletem as bem - sucedidas iniciativas desenvolvidas por diversos setores nos últimos 30 anos. Em 2008 - 2010, a esperança média de vida ao nascer era de 79, 20 anos para homens e mulheres. Por contraste, em 1980 a esperança média de vida era de 71,78”, cfr. GEORGE, Francisco, *Causes of Deaths in Portugal and Challenges in Prevention*, in Ata Médica Portuguesa, 25 (2), 2012, pp. 61 a 63.

No entanto, cremos que não deverá ser desprovido de eficácia vinculativa, caso contrário tratar-se-á de um mero escrito formalizado perante notário ou funcionário devidamente habilitado para o efeito, algo que já era possível antes da publicação de lei 25/2012.

Para além das diretivas antecipadas de vontade que, mor das exceções previstas pela própria lei não deverão ser cumpridas, os desejos do paciente outorgados anteriormente com respeito por todas as formalidades exigidas por lei devem ser acatados pelo profissional de saúde.

Se o paciente recusar cuidados médicos - mesmo que benéficos para o seu estado de saúde e qualidade de vida - o médico deverá abster-se de agir, sob pena do seu comportamento consubstanciar a prática de um crime previsto e punido pelo artigo 156.º, n.º 1, do CP.

Em Portugal as principais causas de morte incluem doenças cérebro - vasculares, doença isquémica do coração e outras do foro cardíaco, pneumonia, diabetes mellitus, tumores malignos de laringe e traqueia, brônquios, pulmão, cólon, reto, ânus e estômago, doenças crónicas das vias respiratórias inferiores, do rim e uréter<sup>198</sup>; face a este quadro e tendo em conta a avançada idade da maioria dos pacientes, a fragilidade emocional própria de quem vê a sua saúde definhar, o papel dos familiares e a dificuldade no apuramento da vontade dos pacientes incapazes, a lei 25/2012 surge como uma lufada de ar fresco que permite aos futuros pacientes acautelar o seu futuro no que a cuidados médicos concerne e ao médico conhecer a vontade do enfermo silencioso - até porque o término da vida já não é o fenómeno natural e irreversível de outrora vivido na privacidade do lar<sup>199</sup>.

Assim, e em jeito de conclusão, reafirmamos novamente a eficácia vinculativa das diretivas antecipadas de vontade em matéria de cuidados de saúde e a incriminação nos termos do artigo 156.º, do CP sempre que o desrespeito pelos desejos do paciente silencioso não tiver qualquer justificação legal e não for levado a cabo tendo em conta os melhores interesses do mesmo.

---

<sup>198</sup> Descriminação de óbitos referentes ao ano civil de 2009, cfr. GEORGE, Francisco *Causes of Deaths in Portugal and Challenges in Prevention*, in *Ata Médica Portuguesa*, 25 (2), pp. 61 a 63, 2012.

<sup>199</sup> Em Portugal, nos anos 2000, 2004 e 2008, 74% dos doentes morreram em hospitais ou clínicas.

## Bibliografia

ALMEIDA, Gisela Patrícia Duarte de Almeida, *Direitos Humanos em Fim de Vida - Decisão de Não Reanimar*, ensaio elaborado sob orientação da Professora Doutora Helena Pereira de Melo no âmbito do 11.º Curso de Pós - Graduação em Direitos Humanos, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, junho de 2009;

ANDRADE, Manuel da Costa, *Artigo 150.º (Intervenções e Tratamentos Médico - Cirúrgicos)*, in Comentário Conimbricense ao Código Penal, tomo I, 2.ª edição, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 1999;

\_\_\_\_\_*Artigo 150.º (Intervenções e Tratamentos Médico - Cirúrgicos)*, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2.ª edição, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

\_\_\_\_\_*Artigo 157.º (Dever de Esclarecimento)*, in Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2.ª edição, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;

\_\_\_\_\_*Consentimento e Acordo em Direito Penal (contributo para a fundamentação de um paradigma dualista)*, Coimbra, Coimbra Editora, reimpressão, 2004;

\_\_\_\_\_*Direito Penal Médico*, Coimbra Editora, julho, 2008;

\_\_\_\_\_*Consentimento em Direito Penal Médico - o Consentimento Presumido* in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, ano 14 - n.ºs 1 e 2, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, janeiro / junho, 2004;



ANTUNES, Alexandra / NUNES, Rui, *Arquivos de Medicina*, 13 (2), 1999;

ANTUNES, João Lobo, *A Nova Medicina*, Lisboa, Fundação Francisco Manuel dos Santos, janeiro, 2012;

ASCENSÃO, José de Oliveira, *A Terminalidade da Vida*, in Estudos de Direito da Bioética, volume IV, coordenação José de Oliveira Ascensão, APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra, Edições Almedina, S.A., abril de 2012;

BRITO, Teresa Quintela de, *Responsabilidade Penal dos Médicos: Análise dos Principais Tipos Incriminadores*, in Revista Portuguesa de Ciência Criminal, n.º 12, 2002;

\_\_\_\_\_ *Eutanásia Activa Directa e Auxílio ao Suicídio: Não Punibilidade?*, in Separata do Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n.º LXXX, Coimbra, 2004;

\_\_\_\_\_ *Crimes Contra a Vida: Questões Preliminares*, in Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos, coordenação Teresa Quintela de Brito, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

CANTERO MARTÍNEZ, Josefa, *La Autonomía del Paciente: Del Consentimiento Informado al Testamento Vital*, Espanha, Editorial Bomarzo, 2005;

CNECV, *Parecer n.º 45 do Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida sobre o Estado Vegetativo Persistente*, fevereiro de 2005;

COSTA, José de Faria, *O Fim da Vida e o Direito Penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, 2003;

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Das Omissões Lícitas no Exercício da Medicina* in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada, organização José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho, Wolters Kluwer Portugal, Coimbra, Coimbra Editora, dezembro de 2010;

DANTAS, Eduardo, *How Informed Should Consent Be? A Brief Analysis on Consent and Autonomy under the European Convention of Human Rights and Biomedicine in Lex Medicinae*, Revista Portuguesa da Saúde, ano 9, n.º 17, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2012;

DIAS, Jorge de Figueiredo, *Entrevista Jorge de Figueiredo Dias*, in O.A. Boletim da Ordem dos Advogados, n.º 59, (24-28), outubro, 2009,

DWORKIN, Ronald, *Life's Dominion, An argument about abortion and euthanasia*, London, Harper Collins Publishers, 1993;

---

\_\_\_\_\_ *Domínio da Vida, Aborto, Eutanásia e Liberdades Individuais*, tradução de Jefferson Luiz Camargo, revisão da tradução de Silvana Vieira, São Paulo, Brasil, Martins Fontes, 2.<sup>a</sup> edição, 2009;

EUTHANASIA IN THE UNITED STATES, Including: Jack Kekorvian, Charles Eliot Norton, Sun Hudson Case, Advance Directives Act, Nancy Cruzan, Not Dead Yet, Tirhas Habtegeris, Hemlock Society, Final Exit Network, Hayden Law, Carol Carr, George Exoo, Hephaestus Books, Lightning Source UK Ltd, Milton Keynes UK;

FRISCH, Wolfgang, *Consentimento e consentimento presumido nas intervenções médico - cirúrgicas* in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, ano 14 n.os 1 e 2, direção de Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, Coimbra Editora, janeiro / junho de 2014;

GAWANDE, Atul, *Being Mortal - Medicine and What Matters in the End*, New York, Metropolitan Books, Henry Holt and Company, 2014;

GEORGE, Francisco, *Causes of Deaths in Portugal and Challenges in Prevention*, in *Ata Médica Portuguesa*, 25 (2) 2012;

GODINHO, Inês Fernandes, *Eutanásia, Homicídio a Pedido da Vítima e os Problemas de Participação em Direito Penal*, Coimbra, Coimbra, Editora, 1.ª edição, janeiro de 2015;

GOMÉZ RIVERO, Maria del Carmen, *La Responsabilidad Penal del Medico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003;

GONÇALVES, Daniel Torres, *Directivas Antecipadas de Vontade - Conceito*, disponível in <http://www.mtfg.pt/uploads/DAV%20conceito%20Pub.pdf> ;

JANUÁRIO, Rui / FIGUEIRA, André, *O Crime de Homicídio a Pedido Eutanásia Direito a Morrer ou Dever de Viver*, Lisboa, Quid Juris Sociedade Editora, 2009;

JESCHECK, Hans - Heinrich / WEIGEND, Thomas, *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Quinta Edición, corregida y ampliada, Granada, Editorial Comares, S.L., Diciembre, 2002;

KAUFL, Michael, *Advance Directives - The Reform Debate in Germany in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma perspectiva Integrada*, Coimbra, Coimbra Editora, dezembro de 2010;

KONIS, Yvon, *Directivas Antecipadas in Nova Enciclopédia da Bioética*, coordenação Gilbert Hottois e Jean-Noel Missa, tradução por Maria Carvalho, Lisboa, Instituto Piaget, 2003;

KUBLER-ROSS, Elisabeth, *Morte: Estágio Final da Evolução*, Rio de Janeiro, Brasil, Record, 1957;

\_\_\_\_\_ *Sobre a Morte e o Morrer*, São Paulo, Brasil, Martins Fontes, 1981;

\_\_\_\_\_ *A Roda da Vida*, Rio de Janeiro, Brasil, Sextante, 1998;

\_\_\_\_\_ *Os Segredos da Vida*, Rio de Janeiro, Brasil, Sextante, 2004;

LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina, *Testamento Vital Y Voluntad del Paciente (Conforme a la ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Espanha, Dykinson, 2003;

LOUREIRO, João Carlos S.G., *Os Rostos de Job: Tecnociência, Direito, Sofrimento e Vida*, in Boletim da Faculdade de Direito, n.º 80, 2004;

MANSO, Luís Duarte Baptista, *O Dever de Esclarecimento e o Consentimento Informado em Diagnóstico Pré - Natal e Diagnóstico Genético Pré - Implantação in Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 9, n.º 16, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2011;

MELO, Helena Pereira de, *As Directivas Antecipadas de Vontade*, Relatório Parecer sobre as Directivas Antecipadas de Vontade emitido em 2006 pela Associação Portuguesa de Bioética, disponível em <http://www.apbioetica.org/>;

MONGE, Cláudia, *Das Directivas Antecipadas de Vontade*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2014;

MORÃO, Helena, *Direito Penal - Parte Especial: Lições, Estudos e Casos*, Coimbra Editora, 2007;

NUNES, Rui, Estudo n.º E/17/APB/10 - Testamento Vital, Associação Portuguesa de Bioética, disponível in [http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento\\_vital.pdf](http://www.apbioetica.org/fotos/gca/1284923005parecer-testamento_vital.pdf) ;

NUNES, Rui / MELO, Helena Pereira, *Testamento Vital*, Lisboa, Almedina, 2012;

OLICK, Robert S., *Taking Advance Directives Seriously - Prospective Autonomy and Decisions Near the End of Life*, Washington D.C., Georgetown University Press, 2001;

OLIVEIRA, Guilherme de, *Estrutura jurídica do acto médico, consentimento informado*, in Temas de Direito da Medicina 1, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,

Centro de Direito Biomédico, coordenação Guilherme de Oliveira, Coimbra Editora, 2.<sup>a</sup> edição aumentada, 2005;

OLIVEIRA, Guilherme de / MONIZ, Helena / PEREIRA, André, *Consentimento Informado e Acesso ao Processo Clínico - Um Anteprojecto de 2010*, in *Separata de Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 9, n.º 18, Coimbra, Coimbra Editora - Centro de Direito Biomédico, julho - dezembro, 2012;

OSSWALD, Walter, “*Testamento vital*” *Perspectiva Médica - Consentimento Informado, Declarações Antecipadas de Vontade, Procuradoria de Cuidados de Saúde, Acesso ao Processo Clínico, um Projecto de Lei Estilo “Cavalo de Tróia”*, in *Brotéria* 5/6, Cristianismo e Cultura, volume 168, Revista publicada pelos Jesuítas Portugueses, maio - junho, 2009;

---

*Limites de Consentimento Informado in Estudos de Direito da Bioética*, volume III, coordenação José de Oliveira Ascensão, Lisboa, Edições Almedina, S.A., outubro, 2009;

PALMA, Maria Fernanda, *Direito Penal - Parte Geral - A Teoria Geral da Infracção como Teoria da Decisão Penal*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2013;

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico - Paciente, Estudo de Direito Civil*, Coimbra Editora, 2004;

---

*Advance Directives: Binding or Merely Indicative? Incoherence of the Portuguese National Council of Ethics for the Life Sciences and Insufficiencies of Newly Proposed Regulations in Europe* *Journal of Health Law*, 16, 2009;

---

*Declarações Antecipadas de Vontade: vinculativas ou apenas indicativas?* in *Estudos de Homenagem ao Professor Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volume IV, organização Manuel da Costa Andrade, Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

---

*Valor do Consentimento num Estado Terminal, in Estudos de Direito da Bioética, volume IV, Coordenação de José de Oliveira Ascensão, APDI - Associação Portuguesa de Direito Intelectual, Coimbra, Edições Almedina, S.A., abril 2012;*

---

*Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica, Coimbra, Coimbra Editora, 1.ª edição, fevereiro de 2015;*

PRESTON, Tom, *Patient - Directed Dying, A Call for Legalized Aid in Dying For The Terminally Ill*, iUniverse Star, New York Lincoln Shanghai, Lincoln, United States of America, 2007;

RACHELS, James, *The end of life. Euthanasia and Morality*, Oxford, Oxford University Press, 1986.

RAPOSO, Vera Lúcia, *Do Regime das Intervenções Médico - Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, in [http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo\\_VLR\\_-  
\\_Do\\_Regime\\_das\\_Intervencoes\\_Medico-Cirurgicas\\_Arbitrarias\\_no\\_Codigo\\_Penal\\_Portugues\\_-  
\\_Out2013-.pdf](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-_Out2013-.pdf);

---

*Directivas Antecipadas de Vontade: Em Busca da Lei Perdida, in Revista do Ministério Público, 125, março 2011;*

RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes, *Consentimento Informado - Pedra Angular da Responsabilidade Criminal do Médico, in Direito da Medicina I - 6, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Centro de Direito Biomédico, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;*

RODRIGUES, João Vaz, *O Consentimento Informado para o Acto Médico no Ordenamento Jurídico Português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001;

ROGÉRIO, Joaquim Sabino, “*Living Will*” - *Reflexão Sobre o que se Discute e se Propõe. Enfoque Jurídico - Penal in Lex Medicinæ*, Revista Portuguesa de Direito da Saúde, ano 5, n.º 10, Coimbra, Centro de Direito Biomédico, 2008;

ROXIN, Claus, *Derecho Penal - Parte General, Tomo I, Fundamentos La Estructura de La Teoria del Delito*, traducción e notas Diego - Manuel Luzón Peña (Director), Miguel Diaz y Garcia Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, España, Civitas, 2.ª edición, 2008 (reimpresión);

SANTOS, Laura Ferreira dos, *Testamento Vital O que é? Como elaborá-lo?*, Porto, Sextante Editora, janeiro, 2011;

\_\_\_\_\_ *Posso dispor da minha vida?*, in [www.publico.pt/opiniaio/jornal/posso-dispor-da-minha-vida-26960938](http://www.publico.pt/opiniaio/jornal/posso-dispor-da-minha-vida-26960938);

SILVA DIAS, Augusto, *A Relevância Jurídico - Penal das Decisões de Consciência*, Coimbra, Livraria Almedina, 1986;

\_\_\_\_\_ *Materiais para o Estudo da Parte Geral do Direito Penal - Crimes contra a Vida e a Integridade Física*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 2.ª edição, revista e atualizada, 2007;

SILVA, Germano Marques da, *Direito Penal Português - Teoria do Crime*, Lisboa, Universidade Católica Portuguesa, 2.ª edição, março, 2015;

SILVA, Miguel Oliveira, in *Diário de Notícias online* ([http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content\\_id=2721699&page=-1](http://www.dn.pt/inicio/portugal/interior.aspx?content_id=2721699&page=-1)).

SOARES, Jorge, *Mors Certa, Hora Incerta, Hora Certa - Valores, Direitos e Escolhas in As Novas Questões em Torno da Vida e da Morte em Direito Penal - Uma Perspectiva Integrada*, organização José de Faria Costa e Inês Fernandes Godinho, Coimbra, Coimbra Editora, dezembro, 2010;

STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal. Parte General I - El Hecho Punible*, traducción de Manuel Cancio Meliá y Marcelo A. Sancinetti, Navarra, Editorial Arazandi, S.A., Thomson Civitas, 2000;